Die Verwandlung einer unteilbaren Schuld mehrerer in eine Geldersatzschuld.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Hermann Samuel,
Referendar in Hamburg.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1904.

Meinen Eltern gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0125

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Plan der Arbeit. § 1 1

Erster Hauptteil:
Die unteilbaren Obligationen.

A. Wann ist eine Leistung unteilbar? § 2. 3
B. Welche Obligationen sind unteilbar? Herrschendes Prinzip der Quellen. § 3 4
C. Die unteilbaren Obligationen im einzelnen:
I. Obligationen auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges. § 4 . 5
II. Obligationen auf ein sonstiges facere. § 5 7
III. Obligationen auf ein non facere. § 6 9
D. Rechtliche Bedeutung des Unterschiedes zwischen teilbarer und unteilbarer Obligation. § 7 11

Zweiter Hauptteil:
Die Schuldnermehrheit bei der Obligation.

A. Wenn die Leistung teilbar ist. § 8 12
B. Wenn die an sich mögliche Teilbarkeit durch Vertrag oder Gesetz ausgeschlossen ist. § 9 13
C. Wenn die Teilbarkeit von Natur ausgeschlossen ist. §§ 10—21.

Dritter Hauptteil:
Umfang der Verpflichtung der Mitschuldner einer von Natur unteilbaren Leistung.

I. Gemeines Recht.
A. vor Eintritt der Schadensersatzpflicht — die Naturalleistung wird geschuldet — § 10 16
B. nach Eintritt der Schadensersatzpflicht — die Interesseleistung wird geschuldet — §§ 11—21.
1. Wann tritt die Schadensersatzpflicht ein? § 11 18
2. Die Schadensersatzpflicht ist eingetreten
a) infolge von Verschulden
α) eines Mitschuldners. § 12 20
β) einiger oder aller Mitschuldner. § 13 23
b) ohne Verschulden der Mitschuldner.
α) Allgemeines. § 14 24
β) Die streitigen Quellenstellen.
1. Inhalt. § 15 27
2. Die Erklärungen.
a) Die Erklärung Landuccis. § 16 28
b) Die herkömmlichen Ansichten.

Seite

α) Einteilung nach Art der Obligation.
αα) Solidarhaftung bei obligationes dandi.
Pro rata-Haftung bei obligationes faciendi. § 17 . . . 31
ββ) Solidarhaftung bei obligationes faciendi.
Pro rata-Haftung bei obligationes non faciendi. § 18 . . 32
β) Pro rata-Haftung in allen Fällen. § 19 34
γ) Solidarhaftung in allen Fällen. § 20 38
II. Bürgerliches Gesetzbuch. § 21 44

Literaturverzeichnis.

Arndts, Pandekten. 10. Aufl. 1879.

Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht. Marburg u. Leipzig 1864.

Binder, Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht. Leipzig 1899.

Botsch, Die Unteilbarkeit der Leistungen nach gemeinem Recht und B.G.B. Diss. Rostock 1903.

Brinkmann, Verhältnis der a° communi dividundo und der a° negotiorum zueinander. Kiel 1855.

Brinz, Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1879. 2. Bd.

Brinz, Kritische Blätter civilistischen Inhalts: „Korrealobligationen." Erlangen 1853.

Bucher, Das Recht der Forderungen. 2. Aufl. Leipzig 1830.

v. Buchholtz, Teilbarkeit der Sachen und Rechte. Berlin 1831.

Chesius, de dividuis et individuis obligationibus. Florenz 1659. (Zitiert nach Ubbelohde.)

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1900. 2. Bd.

Evert, Der Anspruch mehrerer Deponenten (Hinterleger) und die Verpflichtung mehrerer Depositare (Verwahrer) nach gemeinem Recht und B.G.B. Diss. Rostock 1904.

Glück, Kommentar der Pandekten. Erlangen 1871.

Gradenwitz, Die Interesseleistung bei unteilbaren Obligationen nach römischem Recht. Diss. Breslau 1895.

Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1875.

Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht. 2. Aufl. 1892. Bd. 1.

Helmolt, Die Korrealobligation. Gießen 1857.

v. Holzschuher, Pandekten. 3. Aufl. Leipzig 1864. Bd. 3.

Hölder, Pandekten. Freiburg i. B. 1891.

Kleyer, des obligations divisibles et indivisibles. Diss. Brüssel 1873.

Kuntze, Die Obligation und die Singularsukzession des römischen Rechts und heutigen Rechts. Leipzig 1856.

Landucci, d'una disputate sentenza del giureconsulto Tuberone. Im Archivio Giuridico Bd. 23, Padua.

Leoni, la teoria dei diritti e degli oblighi divisibili et indivisibili. Padua 1887.

Meyer, Die verschiedene Behandlung der teilbaren und unteilbaren Obligationen. Diss. Köln 1899.

Mohr, Die unteilbare Obligation nach dem gemeinen Rechte und B.G.B. Greifswald 1902.

Molinaeus, extricatio labyrinthi dividui et individui. Paris 1681. (Zitiert nach Ubbelohde.)

Molitor, les obligations en droit romain. 2. Aufl. Gaud. 1866.

Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. 1853.

Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen. Göttingen 1831.

Roßhirt, Abhandlungen civilistischen und kriminalistischen Inhalts. Heidelberg 1833.

Rubo, Über die Teilbarkeit und Unteilbarkeit der Obligationen nach den Grundsätzen des römischen Rechts. Berlin 1822.

Rümelin, Die Teilung der Rechte. Freiburg i. B. und Tübingen 1883.
Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht. Berlin 1883.
Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen R.R. Berlin 1851. 1. Bd.
v. Scheurl, de dividuis et individuis obligationibus. Diss. Erlangen 1835.
v. Scheurl, Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten. Erlangen 1884.
Siebenhaar, Korrealobligationen nach röm. Recht, gemeinem Recht und sächsischem Recht. 1. Abt. Leipzig 1867.
Steinlechner, Revision der Lehre von der Teilbarkeit und Unteilbarkeit auf dem Rechtsgebiete. 1. Abt. Innsbruck 1876.
Abbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen. Hannover 1862.
v. Bangerow, Pandekten. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876. Bd. 3.
Wächter, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 27. Heidelberg 1844.
Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses. 3. Aufl. Leipzig 1878.
Windscheid, Pandekten. 8. Aufl., bearb. von Kipp. Frankfurt a. M. 1900. 2. Bd.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Jena 1900.
Crome, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1. Hälfte. Tübingen und Leipzig 1902.
Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1. Abt. 1. und 2. Aufl. Halle 1899.
Eck, Vorträge. Lieferung 2. 1. und 2. Aufl. Berlin 1902.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Teil II. 8. Aufl. Berlin 1903.
Enneccerus und **Lehmann,** Einführung in das Recht des B.G.B. Marburg 1899.
Fischer-Henle, Handausgabe mit Anmerkungen. 4. Aufl. München 1900.
Goldmann und **Lilienthal,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, Abt. 2. 2. Aufl. Berlin 1901.
Hruza, Korrealobligationen und Verwandtes nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines B.G.B. Leipzig 1895.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. Teil II, 1. Hälfte. Berlin 1899.
Kuhlenbeck, Kommentar zum B.G.B. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1903.
Kuhlenbeck, in der Juristischen Wochenschrift 28. Jahrg. S. 131 ff., 217 ff.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. und 4. Aufl. 1900.
Meisner, Recht der Schuldverhältnisse. Breslau 1898.
Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. Bd. 2. Berlin und Leipzig 1888.
Neumann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1900.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Teil I. Berlin 1899.
Oertmann, Die Solidarobligation im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Wien 1898.
Planck, Kommentar. 1. und 2. Aufl. Berlin 1900.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B. Berlin 1897.
Rehbein, Kommentar. 6. Lieferung. Berlin 1903.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse. Breslau 1898.
Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem B.G.B. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Gesetzesauslegung. Jena 1903.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Staudinger, Recht der Schuldverhältnisse. Bd. 2. München 1901.
Stolze, Zur Lehre von den unteilbaren Obligationen nach dem bürgerlichen Rechte des Deutschen Reiches. Diss. Göttingen 1900.
Weyl, Vorträge über das B.G.B. Bd. 1. München 1898.

---

§ 1.

Plan der Arbeit.

Den eigentlichen Gegenstand der folgenden Untersuchung soll die Frage bilden, ob bei der Schuld mehrerer auf eine unteilbare Leistung durch die Verwandlung in die Verpflichtung zum Schadensersatze eine Änderung in der Verpflichtung eintritt.

Um diese spezielle Frage beantworten zu können, dürfte es angebracht sein, zunächst das Wesen der unteilbaren Leistung überhaupt näher zu betrachten. Dies soll in dem *ersten* Hauptteil der vorliegenden Arbeit geschehen.

Gleichzeitig wird sich hieran eine Übersicht über die wichtigsten unteilbaren Obligationen anschließen. Wir werden sehen, daß in der jüngeren gemeinrechtlichen Wissenschaft über den Begriff der unteilbaren Leistung wesentliche Kontroversen in der Hauptsache nicht mehr bestanden haben (wenn auch im einzelnen die Ansichten zuweilen auseinander gehen), und daß die gemeinrechtlichen Grundsätze hierüber auch in Zukunft maßgebend sein werden, da das Bürgerliche Gesetzbuch die Bestimmung der Teilbarkeit und Unteilbarkeit der Wissenschaft überlassen hat.[1])

Nachdem wir uns die rechtliche Bedeutung des Unterschiedes zwischen teilbarer und unteilbarer Leistung vergegenwärtigt haben, werden wir (im *zweiten* Teile der Arbeit) sehen, daß der letztere Begriff besondere Bedeutung erlangt beim Eintritt mehrerer Personen in den Obligationsnexus, sei es auf der Aktivseite, als Gesamtgläubiger, oder auf der Passivseite, als Gesamtschuldner.

Die Betrachtung des Gesamt*gläubiger*verhältnisses fällt nicht in den Rahmen unserer Aufgabe; wir scheiden es deshalb von vornherein aus und werden uns daher in dem wichtigsten, *dritten* Teile unserer Arbeit im allgemeinen nur mit dem Gesamt*schuldner*verhältnis beschäftigen.

Nachdem wir uns kurz über die rechtlichen Beziehungen, welche beim Gesamtschuldverhältnis überhaupt vorkommen, unterrichtet haben, wird insbesondere *das* Gesamtschuldverhältnis ins Auge zu fassen sein, welches eine *von Natur unteilbare Leistung* zum Gegenstande hat.

---

[1]) Motive II S. 172 ff.

Solange hier die Naturalleistung geschuldet wird, sind die Rechtsverhältnisse einfach und ziemlich feststehend.

Sehr geteilt aber sind die Ansichten über die rechtlichen Beziehungen, welche herrschen, wenn die Verpflichtung zur Naturalerfüllung sich, infolge irgend eines außen liegenden Umstandes, in die Verpflichtung zum Schadensersatze umgewandelt hat. Unsere Hauptaufgabe wird es sein, in dem ersten Teile dieses Hauptabschnittes die gemeinrechtlichen Kontroversen, welche in bezug auf diesen Punkt herrschten, zu beleuchten und uns an der Hand der Quellen nach Möglichkeit darüber klar zu werden.

In dem zweiten Teile soll untersucht werden, ob und wie das Bürgerliche Gesetzbuch diese in der gemeinrechtlichen Literatur so überaus streitigen Rechtsverhältnisse geregelt hat.

Erster Hauptteil.

Die unteilbaren Obligationen.

A. Wann ist eine Leistung unteilbar?

§ 2.

„Leistung" ist die Handlung (resp. Unterlassung, d. h. Bestimmung des Willens zur Untätigkeit), zu welcher das Forderungsrecht, die Obligation, den Schuldner verpflichtet.[1])

Eine Handlung aber, als eine äußerlich in die Erscheinung tretende einheitliche Willensbetätigung eines Menschen, ist naturgemäß immer unteilbar. Anderer Meinung ist Rümelin;[2]) er gibt die Unteilbarkeit zu bei Handlungen, die „nur auf einem einzigen Willensimpuls beruhen", und unterscheidet hiervon Handlungen, welche „aus einer Reihe solcher Einzelhandlungen mit besonderem Willensimpuls zusammengesetzt sind". Diese letzteren sollen im praktischen Leben und im Recht fast ausschließlich in Betracht kommen. „Sie sind Ereignisse, die sich in der Zeit abwickeln, und als solche können sie auch geteilt werden." Zu dieser künstlichen Unterscheidung liegt m. E. kein genügender Grund vor.

Da, wie wir annehmen, jede Handlung unteilbar ist, so ist demnach streng genommen auch jede Leistung, welche, wie eben gezeigt, ja in einer Handlung besteht, unteilbar; und da die Leistung ihrerseits die Grundlage jeder Obligation bildet — denn eine Obligation ohne eine ihr zugrunde liegende Leistungspflicht ist undenkbar —, so müßte demnach auch jede Obligation unteilbar sein. Diese, an sich nicht von der Hand zu weisende Folgerung hat man aber in der Wissenschaft und in praxi mit Recht nicht gezogen.

Das Recht faßt die Handlung niemals unter diesem ganz abstrakten Gesichtspunkte auf, sondern berücksichtigt, da sein Zweck doch die praktische Regelung der Lebensverhältnisse ist, sie stets nur ihres Zweckes und Erfolges willen.[3]) Genauer betrachtet ist es gar nicht

[1]) Windscheid S. 11.
[2]) S. 17.
[3]) cf. Ubbelohde S. 21; Puchta, Pand. § 222; Wächter S. 186 zu Note 45.

die Handlung an sich, welche der Gläubiger eigentlich haben will, sondern vielmehr die von ihr zu erwartende Wirkung, welche geeignet ist, ein bestimmtes Bedürfnis zu befriedigen. Gegenstand der Obligation ist also im Grunde genommen ein bestimmter, allerdings durch eine Handlung des Schuldners herbeizuführender Erfolg.[1])

Daher ist der gewöhnlich aufgestellte Satz: eine Obligation ist unteilbar, wenn die ihr zugrunde liegende Leistung unteilbar ist, eigentlich ungenau. Genauer sollte es heißen: wenn der durch die Leistung zu bezweckende Erfolg unteilbar ist. Gleichwohl werden wir aus Zweckmäßigkeitsgründen im folgenden von „unteilbarer Leistung" reden, weil dieser Begriff sich in der Wissenschaft nun einmal eingebürgert hat; es wird darunter aber immer Unteilbarkeit des Erfolges verstanden werden.

Eine Leistung ist nun im Rechtssinne unteilbar, wenn sie nicht unbeschadet ihres Wesens derart in Teile zerlegt werden kann, daß jede Teilleistung 1. eine Leistung gleichen Inhalts ist, wie die Gesamtleistung, und 2. sich von der Gesamtleistung nur quantitativ unterscheidet.[2])

Diese negative Fassung der Definition dürfte kaum zu umgehen sein. Die gesetzgeberischen Versuche einer Definition (hessischer Entwurf Art. 33, bayrischer Entwurf Art. 241, sächs. B.G.B. Art. 1037) sind nicht befriedigend.[3])

Eine positive Definition gibt Kuhlenbeck:[4]) „Unteilbar sind alle Leistungen, die ein Ganzes bilden, dessen Einheitswert durch die Summe der Teile nicht wieder gedeckt wird." Doch scheint mir die oben gegebene Windscheidsche Definition bedeutend exakter zu sein und daher den Vorzug zu verdienen.

Eine Obligation ist also unteilbar, wenn ihr Erfolg sich für den Gläubiger zu einem ideellen Teile nicht verwirklichen läßt. Diese Definition ist die von Ubbelohde (S. 22), nur daß dieser, entsprechend der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts, von einem vermögensrechtlichen Erfolg spricht, während für das Bürgerliche Gesetzbuch, wenigstens nach der herrschenden Ansicht, Vermögenswert nicht mehr erforderlich ist.

Welche Obligationen im einzelnen unteilbar sind, wollen wir im folgenden Abschnitte näher betrachten.

B. Welche Obligationen sind unteilbar? Herrschendes Prinzip der Quellen.

§ 3.

Die Quellen pflegen, wenn sie von teilbaren und unteilbaren Obligationen sprechen, zu unterscheiden zwischen obligationes dandi und

---

[1]) cf. Scheurl S. 68, 69; ähnlich schon Kuntze §§ 29, 34, 35; Steinlechner S. 65, 66.

[2]) So Windscheid S. 15.

[3]) cf. Motive S. 173.

[4]) Von den Pand. zum B.G.B. S. 32.

obligationes faciendi, und es wurde früher behauptet,[1]) daß die Frage, ob eine Obligation teilbar sei oder nicht, sich darnach richte, ob die ihr zugrunde liegende Leistung in einem dare oder in einem facere bestehe. Die obligationes dandi seien teilbar (mit einer einzigen Ausnahme), die obligationes faciendi unteilbar. Dieser Schluß ist aber unrichtig. Denn lex 2 pr. u. § 1 D. de V.O. 45, 1 sagt:

> stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. § 1: et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, quaedam non recipiunt.

Savigny hat wohl zum ersten Male mit Nachdruck darauf aufmerksam gemacht,[2]) daß die Quellen, wie auch aus der eben zitierten Stelle hervorgeht, die Frage, ob eine Obligation unteilbar sei oder nicht, niemals auf abstrakte Erwägungen zurückführen; es wird vielmehr immer nur da von der Unteilbarkeit einer Leistung gesprochen, wo eine tatsächliche natürliche Unmöglichkeit vorliegt, sie in Teile zu zerlegen.

Da, wie gezeigt, der Unterschied zwischen obligationes dandi und faciendi bei unserer Lehre kein prinzipieller ist, so wird die folgende kurze Übersicht über die unteilbaren Obligationen nach der mehr gerechtfertigten, von Rümelin[3]) vorgeschlagenen Einteilung in Obligationen auf ein facere und Obligationen auf ein non facere gegeben werden; wobei in bezug auf die obligationes faciendi wieder unterschieden wird, ob das Tun den Zweck haben soll, rechtliche Wirkungen zu vermitteln (also eine juristische Handlung ist), oder nur rein physische (also eine natürliche Handlung darstellt).[4])

C. Die unteilbaren Obligationen im einzelnen.

I. Obligationen auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges.

§ 4.

Obligationen, welche einen rechtlichen Erfolg herbeiführen sollen, d. h. gerichtet sind auf Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten, sind meist teilbar. Der Grund ist nach dem oben (S. 3, 4) Gesagten naheliegend: sie haben in den meisten Fällen rechtliche Wirkungen zum Zweck, welche teilbar sind.[5])

a) So ist z. B. teilbar:

1. Nach römischem Rechte die Obligation auf Verschaffung des juristischen Besitzes (wie es mit dem natürlichen Besitze, der Detention, bestellt war, wird weiter unten erwähnt), und das Bürgerliche

---

[1]) So von Rubo S. 37, 52.
[2]) S. 322.
[3]) S. 189; s. auch Mohr S. 14; Botsch S. 33.
[4]) cf. Scheurl S. 72.
[5]) cf. Scheurl S. 73; Hasenöhrl S. 181.

Gesetzbuch, welches bekanntlich den gemeinrechtlichen Unterschied zwischen juristischem und natürlichem Besitz nicht aufgenommen hat, erkennt im § 866 die Möglichkeit an, daß mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen, läßt also eine quotenweise Teilung des Besitzes zu.

Folglich ist auch die Obligation auf Übertragung desselben teilbar.

2. Die Obligation auf Übertragung des Eigentums; denn das Eigentum läßt sich in ideale Anteile zerlegen, und die Übertragung eines ideellen Teils hat qualitativ denselben Inhalt wie die Übertragung des Eigentums im ganzen, und durch die Übertragung sämtlicher ideeller Anteile wird das Eigentum ganz übertragen.[1])

3. Die Obligation auf Bestellung, Zession oder Aufhebung eines Forderungsrechts, wenn letzteres selbst eine Teilung zuläßt.[2])

Teilbar ist ferner:

4. die Obligation auf Bestellung oder Aufhebung eines Erbbaurechts, eines Nießbrauchs, eines Pfandrechts.

Dies letztere war früher bestritten! man wollte aus dem Satze: pignoris causa est indivisa (in l. 65 D. de evictionibus 21, 2) schließen, das Pfandrecht sei unteilbar.

Doch wie Wächter[3]) hervorhebt, wird das Wort „indivisus" in den Quellen gewöhnlich nicht gleichbedeutend mit „individuus" gebraucht, sondern bezeichnet einfach die Tatsache der Ungeteiltheit, nicht der Unteilbarkeit. Der Satz geht nicht von einer juristischen Unmöglichkeit der Teilung eines Pfandrechts aus, sondern besagt nur, ein einmal gültig bestelltes Pfandrecht könne wider Willen des Gläubigers nicht geteilt werden, m. a. W. ein einmal gültig konstituiertes Pfand haftet in seiner ganzen Ausdehnung für die Schuld, für die es bestellt ist, fort, bis zur völligen Tilgung der Schuld.

b) Unteilbar dagegen sind z. B.:

1. die Obligation auf Verschaffung des Eigentums an einer generell bestimmten Sache.[4]) Doch ist dies bestritten.[5])

Für die Unteilbarkeit spricht m. E. schlagend folgendes von Dernburg[6]) erwähnte drastische Beispiel:

„Ein gutes Reitpferd" wird geschuldet. Schuldner stirbt mit Hinterlassung mehrerer Erben. Wenn hier (nach gemeinem Rechte) der eine Miterbe des Schuldners die ideelle Hälfte des Pferdes Hektor, der andere Miterbe die ideelle Hälfte des Pferdes Ajax liefert, so wäre dem Gläubiger damit wenig gedient; er hätte trotz voller Leistung beider Erben das nicht, worauf er Anspruch hat, nämlich ein Pferd.

---

[1]) cf. Planck S. 210 zu § 420, Ziff. 2; ebenso Enneccerus § 150 II Ziff. 1; Matthiaß § 73 Ziff. 4b; a. M. Crone S. 38, 39; er hält diesen Schluß für zu „formalistisch".

[2]) s. Stolze S. 84.

[3]) S. 189 ff.

[4]) So Dertmann S. 19 Anm. 4; Dernburg S. 70.

[5]) So von Savigny S. 346 ff.; Stolze S. 19 Anm. 4.

[6]) Pand. S. 70.

2. Die Alternativobligation bis zur geschehenen Konzentration.

3. Die bedingte Obligation; sie ist deshalb unteilbar, weil die Bedingung erst ganz erfüllt sein muß, ehe die Wirkung eintreten kann.[1])

4. Die in den Quellen besonders häufig erwähnte Obligation auf Bestellung einer Prädialservitut:

> Ulpian l. 72 pr. D. de V.O. 45, 1: stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquaeductus. Paulus l. 2 § 1 D. de Verb. Obl. 45, 1: stipulationes . . . ., quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam, iter actum aquaeductum stipulamur.

Übrigens können diese Stellen, deren erstere im weiteren Verlaufe der Darstellung noch Gegenstand einer eingehenden Betrachtung sein wird, auch als Beweis für das schon oben (S. 5) erwähnte Prinzip der Quellen dienen, daß diese lediglich bei denjenigen Obligationen Unteilbarkeit annehmen, bei denen eine Teilung tatsächlich unmöglich ist (quae natura non admittunt, quae divisionem non recipiunt).

Dieses Zurückgehen auf die natürliche Unmöglichkeit der Teilung ist nicht etwa willkürlich,[2]) sondern hat seinen Grund in der Tatsache, daß die leges duodecim tabluarum die Vorschrift enthielten, daß beim Tode eines Gläubigers oder Schuldners die Obligationen unter den Erben ipso jure geteilt sein sollten.

> cf. l. 1 C. si unus ex plur. 8, 32; l. 6 C. fam. erc. 3, 36; l. 25 § 9 fam. erc. 10, 2

in Verbindung mit:

> l. 2 C. si unus ex plur. 8, 32; l. 2 § 5, l. 4 pr.; l. 25 § 1 fam. erc. 10, 2.

Diese gesetzliche Vorschrift mußten die Richter überall respektieren, wo nicht eben „ein höheres Gesetz die Anwendung hinderte, das Gesetz der natürlichen Unmöglichkeit" (Savigny). So sagt die eben zitierte l. 25 § 9 fam. erc. 10, 2 in bezug auf die Stipulation einer Wegeservitut:

> talis stipulatio per legem XII tabularum non dividitur, quia nec potest.

II. Obligationen auf ein sonstiges facere.

§ 5.

Während wir im § 4 diejenigen Obligationen auf ihre Teilbarkeit hin untersucht haben, welche einen rechtlichen Erfolg bezwecken, soll jetzt dasselbe geschehen in bezug auf solche Schuldverhältnisse, welche lediglich einen tatsächlichen Erfolg zum Ziele haben.

---

[1]) cf. Stolze S. 16.
[2]) cf. Savigny S. 333.

Da hier zumeist wirklich die Handlung das Gewollte ist, so sind diese Obligationen, entsprechend den oben dargestellten Grundsätzen, regelmäßig unteilbar.

Vor allem gilt dies von Obligationen auf Herstellung einer Sache, dem „opus facere" der Quellen; es ist dies eben eine Handlung, durch welche eine einzige, einheitliche physische Wirkung als Einheit hervorgerufen werden soll.[1]) cf. l 85, 2 D. de V.O. 45, 1:

„singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest."

Ferner die noch mehrfach zu erwähnende l. 72 pr. D. de V.O. 45, 1, in welcher als Beispiele erwähnt sind das fossam fodere, insulam fabricare; die Teilung dieser Leistungen „corrumpit stipulationem". Im Sprachgebrauch des täglichen Lebens[2]) sagt man allerdings, wenn z. B. von einem zu erbauenden vierstöckigen Hause zwei Stockwerke errichtet sind: „Das Haus ist halbfertig", doch ist dies juristisch irrelevant:

„neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intellegitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit." (l. 80 § 1 D. ad. leg. Falc. 35, 2.)

Zur Erzielung des Gesamteffekts, der consummatio, bei einem opus sind zwar oft viele einzelne Handlungen erforderlich, wie z. B. beim Bau eines Hauses die der Erdarbeiter, welche den Grund ausheben und ebenen, der Maurer, Bautischler, Schieferdecker usw. Doch stellen diese Handlungen nicht zahlenmäßige Quoten des Gesamteffekts, nämlich des fertiggestellten Hauses, dar, sie sind also nicht Teile der Leistung im juristischen Sinne.[3]) Meist sind sie schon untereinander ungleichartig, jedenfalls aber sind ihre Wirkungen von völlig anderer Beschaffenheit als die Gesamtwirkung, das fertiggestellte Haus.

Eine Ausnahme von der Regel der Unteilbarkeit der Dienstleistungen bilden die sogen. fungiblen operae d. h. solche, welche lediglich nach Zahl, nach Zeit oder nach Maß berechnet werden. Diese sind teilbar, wie z. B.[4]) die Verpflichtung, hundert Apfelbäume zu pflanzen, zwölf Tage zu graben, hundert Karren Sand zu fahren, hundert Acker Landes umzupflügen, eine nach Kilometern berechnete Karriolfahrt durch Norwegen.

Unteilbar ist in der Regel die Ausführung eines Auftrages, die Rückgabepflicht des Verwahrers, Entleihers, Mieters einer Sache, denn der Anspruch des Hinterlegers, Verleihers, Vermieters geht auf Rückübertragung der tatsächlichen Herrschaft über die verliehene ꝛc. Sache, und diese tatsächliche Herrschaft kann nicht auf einen Bruchteil gerichtet sein und nicht teilweise gewährt werden.[5]) cf. l. 22 dep. vel contra 16. 3:

„nisi pro solido res non potest restitui."

---

[1]) Scheurl S. 72.
[2]) cf. Windscheid § 253 Anm. 2.
[3]) vgl. Scheurl S. 72.
[4]) cf. Schollmeyer S. 417; Oertmann S. 140; Dernburg S. 71.
[5]) So Enneccerus S. 342; Eck S. 430.

Ein berühmter Streit bestand im Gemeinen Recht über die Frage, ob die Übertragung des Besitzes teilbar sei. Die Teilbarkeit des juristischen Besitzes war im allgemeinen anerkannt; nur eine Quellenstelle schien dem zu widersprechen, nämlich die berühmte l. 72 pr. D. de V.O. 45, 1. Hier wird die stipulatio fundum tradendi von Paulus ausdrücklich für unteilbar erklärt. Diese Stelle war eine wahrhafte crux jurisconsultorum. (Molinaeus p. 166—168 erwähnt 17 verschiedene Ansichten über die Bedeutung dieser Stelle, dazu gibt er noch seine eigene Erklärung; cf. Ubbelohde S. 39.)

Der Ausgangspunkt aller im Anschluß an diese Stelle entstandener Irrtümer war die Annahme, daß „tradere" Übertragung des juristischen Besitzes bedeute. Diese Annahme ist aber, wie Ubbelohde[1]) an der Hand der Quellen überzeugend nachgewiesen hat, unrichtig;[2]) vielmehr bedeutet tradere lediglich die Übertragung des natürlichen Besitzes, der Detention, und da dieser ein quotenweise nicht teilbares Verhältnis ist, cf. l. 3 § 5 D. de acq. vel amitt. poss. 41, 21:

> „non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo egosto, vel in quo ego sideo, tu sedere videaris",

so ist auch die auf seine Übertragung gerichtete Obligation notwendig unteilbar.

Das Bürgerliche Gesetzbuch betrachtet die Herausgabe einer Sache, wie das auch den eben dargestellten Grundsätzen entspricht, als eine unteilbare Leistung. Dies geht, worauf Planck[3]) aufmerksam macht, aus § 432 Abs. 1 Satz 2 hervor (von mehreren Gesamtgläubigern kann jeder verlangen, daß die geschuldete Sache für alle Gläubiger hinterlegt wird).[4])

III. Obligationen auf ein non facere.

§ 6.

Über die Stellung der Obligationen, welche auf ein non facere, ein Unterlassen, gerichtet sind, herrscht Streit. Nach Savigny[5]) ist auch diese Art von Obligationen bald teilbar, bald unteilbar, je nach der natürlichen Beschaffenheit der Handlung, deren Unterlassung den Gegenstand der Obligation bildet.

Nach Windscheid[6]) sind sie regelmäßig unteilbar. Doch erkennt auch er eine Ausnahme an für den Fall, daß das Können,

---

[1]) S. 39ff.
[2]) A. M. Botsch S. 39.
[3]) Anm. zu § 420.
[4]) Ebenso Dertmann, Vorbem. zum 6. Abschn. Ziffer 1d; gegen diesen Schluß: Enneccerus S. 342; Schollmeyer S. 418. Das Nähere über diese Frage bei Botsch S. 58ff.
[5]) S. 343ff.
[6]) S. 213 § 300.

ohne welches das Nichtzutuende nicht getan werden kann, unter die mehreren Schuldner, und zwar definitiv, verteilt ist. Dies sei z. B. der Fall bei dem berühmten Cato-Paragraph (l. 4 § 1 D. de V.O. 45, 1). Der Inhalt dieser Stelle ist kurz folgender: Jemand hat, unter Festsetzung einer Konventionalstrafe für den Fall der Kontravention, versprochen: amplius non agi, d. h. den Stipulator weiterhin nicht mehr mit einem Anspruch zu behelligen. Er stirbt unter Hinterlassung mehrerer Erben. Einer dieser Erben handelt dem Versprechen des Erblassers zuwider, indem er doch klagt.

Quaeritur: ist nun die ganze Konventionalstrafe verfallen, oder nur der auf den Kontravenienten entfallende Teil derselben? Cato ist der letzteren Ansicht:

> „eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere."

Ist hier nun wirklich, wie Windscheid behauptet, die Leistung, d. h. das amplius non agi, teilbar? In den Quellen steht kein Wort davon; hier ist lediglich zum Ausdrucke gebracht, daß die, gewissermaßen im Hintergrunde stehende, für den Fall der Übertretung des Verbotes in Aussicht genommene Poenalstipulation teilbar sei! (Dies ist selbstverständlich, weil eine Geldsumme sich immer in Quoten zerlegen läßt, die sich nur durch ihre Größe von der Gesamtleistung unterscheiden.) Ganz offenbar verwechselt Windscheid hier die obligatio in non faciendo mit dem, von ihr völlig wesensverschiedenen Anspruch auf Ersatz des aus ihrer Verletzung entstandenen Schadens.[1]) Ich kann mir schlechterdings eine nur teilweise Zuwiderhandlung gegen das Verbot der Vornahme einer Handlung nicht vorstellen. Denn ein Verbot wird ebensogut übertreten, wenn man die verbotene Handlung teilweise vollzieht, als wenn man sie ganz vornimmt; ein halbes Unterlassen ist kein Unterlassen; halber Gehorsam ist Ungehorsam![2]) Deutlich wird dies besonders bei dem Vorhandensein mehrerer Schuldner eines non facere. Hier wird das durch die Obligation beabsichtigte Resultat doch nur dadurch erreicht, daß keiner die verbotene Handlung vornimmt.[3]) Nimmt auch nur einer die Zuwiderhandlung vor, so ist dadurch die ganze Leistung vereitelt. M. E. ist es daher nicht richtig, wenn einige behaupten, daß der durch die Obligation bezweckte wirtschaftliche Erfolg hier nur zum Teile nicht eingetreten sei, weil ja die übrigen Schuldner noch nicht gegen die Unterlassung verstoßen hätten; ich halte alle Obligationen auf ein Nichttun deshalb für begrifflich unteilbar.[4])

---

[1]) So Scheurl II S. 76.
[2]) So auch Schollmeyer S. 419; Dertmann S. 140; Scheurl S. 75.
[3]) cf. Rümelin S. 207.
[4]) Derselben Meinung Botsch S. 80ff.; a. M. Crome S. 39 § 145, 4 b ß.

D. Rechtliche Bedeutung des Unterschiedes zwischen teilbarer und unteilbarer Obligation.

§ 7.

In den bisherigen Ausführungen haben wir uns mit der Frage beschäftigt, wann eine unteilbare Obligation vorliegt, und im Anschluß daran eine Übersicht über die wichtigsten unteilbaren Obligationen gegeben. Daran schließt sich jetzt die Frage: Wann erlangt die Tatsache, daß eine Leistung (und mithin auch die auf sie gerichtete Obligation) unteilbar ist, rechtliche Bedeutung?

Hier kommen zwei Punkte besonders in Betracht:

1. Bei einer teilbaren Obligation kann der Gläubiger die Leistung in Teilen einfordern, der Schuldner, wenigstens mit dem Willen des Gläubigers, in Teilen erfüllen; die Obligation kann also auch zum Teil durch die Erfüllung oder deren Surrogate untergehen. Es bedarf keines näheren Beweises, daß bei der unteilbaren Obligation eine teilweise Erfüllung aus natürlichen Gründen unmöglich ist.

> cf. l. 13 § 1 D. de accept. 46, 4: „si id, quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem nullius erit momenti."

(Was für die acceptilatio gilt, gilt natürlich auch für die anderen Erfüllungssurrogate.)

Dieser Unterschied ist praktisch nicht sehr erheblich, solange ein Schuldner einem Gläubiger gegenübersteht.

2. Wie aber, wenn auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite mehrere Personen beteiligt sind? Hier ist die Frage, ob die geschuldete Leistung teilbar oder unteilbar ist, für die Ausgestaltung des Schuldverhältnisses von sehr großer Bedeutung.

Wie schon im § 1 erwähnt, lassen wir den Fall der Gläubigermehrheit, als nicht in den Rahmen unserer Aufgabe fallend, in den folgenden Ausführungen außer Betracht und beschäftigen uns nur mit dem Fall, wo mehrere Schuldner eine und dieselbe Leistung nur einmal schulden, und zwar in der Weise, daß die Ansprüche des Gläubigers erloschen sind, wenn er die ganze Leistung einmal vollständig empfangen hat.

Zweiter Hauptteil.

Die Schuldnermehrheit bei der Obligation.

A. Wenn die Leistung teilbar ist.

§ 8.

Zunächst ist eine Vorfrage zu erledigen: Wann tritt eine Schuldnermehrheit in die Obligation ein? Hier sind zwei Möglichkeiten gegeben.

1. Es ist möglich, daß von vornherein, also schon bei Entstehung des Schuldverhältnisses, mehrere Schuldner vorhanden sind. Dies ist der Fall, wenn sich mehrere durch Vertrag zu einer Leistung verpflichten; ferner z. B. wenn durch letztwillige Verfügung mehreren Erben die Verpflichtung zur Auszahlung eines Vermächtnisses auferlegt ist.

2. Sehr häufig kommt es aber auch vor, daß ursprünglich nur ein Verpflichteter da war und erst später an seine Stelle mehrere Schuldner treten. Hier kommt namentlich in Betracht

a) der häufige, praktisch wichtige Fall der Beerbung eines Schuldners durch mehrere Erben und die damit verbundene gemeinschaftliche Übernahme einer Verbindlichkeit des Erblassers,

b) ferner die Übernahme einer Schuld des debitor durch mehrere Personen.

Rechtlich kommt im allgemeinen diese Unterscheidung, ob von vornherein oder erst später eine Schuldnermehrheit vorhanden war resp. eintrat, wenig in Betracht. (Sie ist nur dann wichtig, wenn sich später mehrere Teilobligationen in der Hand eines Subjekts wieder vereinigen.)[1] Eine getrennte Behandlung dieser Fälle in den folgenden Ausführungen ist demnach nicht notwendig. Wohl aber dürfte es angebracht sein, um die Rechtsverhältnisse bei der Schuld mehrerer auf eine unteilbare Leistung zu übersehen, zunächst vom Gegenteil, der von mehreren geschuldeten teilbaren Leistung, auszugehen. Dies soll in folgendem geschehen.

Betrachten wir also zunächst den Fall, wo die von mehreren geschuldete Leistung teilbar ist. Hier galt nach Gemeinem Recht als Regel,

[1] cf. Molitor S. 305; Meyer S. 22.

daß die Obligation ipso jure unter die mehreren Schuldner geteilt ist: nomina hereditaria ipso jure inter heredes divisa sunt (cf. l. 6 C. fam. erc. 3, 36). Dieser, ursprünglich nur für die Erben geltende Grundsatz wurde allmählich auf sämtliche condebitores ausgedehnt.[1]) Es liegt hier also eine Teilung des Schuldverhältnisses in eine entsprechende Zahl selbständiger kleiner Schuldverhältnisse entweder von vornherein vor, oder sie tritt nachträglich ein.[2]) Die Folge hiervon ist, daß jeder Schuldner nur zu einem entsprechenden Teile haftet. Diese so entstandenen Partialobligationen sind nunmehr völlig selbständig und voneinander ganz unabhängig; jede für sich kann also zediert, aufgehoben oder in ihrem Bestande verändert werden.

Daher paßt die Bezeichnung „Teilobligation" strenggenommen auch nur für den Fall, daß erst durch ein späteres Ereignis an Stelle des einen Schuldners mehrere getreten sind; und auch hier will sie nur zum Ausdruck bringen, daß die jetzt vorhandenen mehreren Obligationen aus einer früheren entstanden sind; sie will also nicht besagen, daß etwa jetzt noch diesen verschiedenen Teilobligationen gegenüberstehe eine Gesamtobligation. Der Ausdruck rechtfertigt sich also nur aus „historischen Gründen" (Ubbelohde)[3]). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im § 420 den gemeinrechtlichen Grundsatz von der Teilhaftung der Mitschuldner bei teilbarer Leistung äußerlich als Regel aufrecht erhalten; freilich werden, wie später[4]) zu zeigen ist, in praxi die Ausnahmen bei weitem überwiegen.

B. Wenn die an sich mögliche Teilbarkeit durch Vertrag oder Gesetz ausgeschlossen ist.

§ 9.

Es ist selbstverständlich, daß die im § 8 geschilderten Folgen der Teilbarkeit einer Leistung bei Vorhandensein mehrerer Schuldner, nämlich die dadurch eintretende Teilung der Obligation in Partialobligationen und die damit verbundenen, für den Gläubiger sehr ungünstigen Haftungsverhältnisse der Schuldner, abgewendet werden können, entweder durch Parteivereinbarung oder direkt durch den Gesetzgeber (so häufig bei Haftung mehrerer aus einem Delikt). Dies geschah und geschieht im täglichen Leben überaus häufig. Um nämlich dem Gläubiger eine bedeutend erhöhte Sicherheit und bequemere Rechtsverfolgung zu bieten, wird bestimmt, daß zwar selbstverständlich der Gläubiger die Leistung nur einmal erhalten darf, aber jeder Schuldner die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet sein soll, daß m. a. W. die Schuldner solidarisch (jeder in solidum) haften. Dies ist der Begriff der Solidarobligation.

---

[1]) Crome S. 369, 3.
[2]) Oertmann S. 140.
[3]) S. 19 unten; cf. auch Meyer S. 21.
[4]) vgl. unten S. 51.

Man teilt sie in der gemeinrechtlichen Theorie in „Korrealobligationen" einerseits und „Solidarobligationen im engeren Sinne" andererseits, seitdem Keller und Ribbentrop im Jahre 1831 entdeckt hatten, daß in den Quellen Obligationen mit mehreren correi verschieden behandelt würden, indem in einigen Fällen schon durch litiscontestatio des Gläubigers mit einem Schuldner die anderen Schuldner infolge der eintretenden Klagenkonsumption befreit wurden (so daß also, wenn der belangte Schuldner z. B. zahlungsunfähig war, der Gläubiger nicht zu seinem Rechte kam), während andere Obligationen mit Schuldnermehrheit, die von nun an so genannten „bloßen Solidarobligationen", erst durch wirkliche Befriedigung — solutione — erloschen.

An diese Entdeckung Keller-Ribbentrops hat sich in der Wissenschaft ein langer, aber in seinem Ergebnisse völlig unfruchtbarer Streit entwickelt über die Frage, worin denn eigentlich der Unterschied zwischen Korrealobligation und Solidarobligation im engeren Sinne zu suchen sei. Schon im Jahre 1853 schrieb Brinz[1]) in bezug auf diesen Streit, daß es „vor lauter Dogma in dem Kopfe des Schülers finster werde". „Was würde er jetzt wohl sagen?" bemerkt Hasenöhrl treffend![2]) Ein halbes Jahrhundert ist seit dem verflossen und unzählige Streitschriften sind zu dieser Materie geschrieben worden, welche die verschiedenen Theorien, die Einheits-, die Mehrheits-, die Vermittlungstheorien, verteidigten und bekämpften und aus ihnen die weitgehendsten Konsequenzen zogen.

Und was ist der Erfolg gewesen? Daß Dernburg sagen kann:[3]) „Zu unterscheiden sind Korrealobligationen und bloße Solidarobligationen; hierüber ist kein Zweifel. Über das Einteilungsprinzip aber gehen die Ansichten weit auseinander . . ." — Das Ergebnis des Streites ist also ein völlig negatives.[4]) Das ist zu beklagen in Anbetracht der großen Gedankenarbeit, welche an diesen unfruchtbaren Stoff gewandt worden ist. Dabei war dieser Streit im wesentlichen nur ein theoretischer, scholastischer; es wurde fast allgemein anerkannt, daß die praktische Bedeutung des Unterschiedes eine geringfügige war. Und neuerdings hat Binder durch seine umfangreichen Untersuchungen m. E. völlig überzeugend nachgewiesen, daß die Ribbentropsche Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen sich für das römische Recht nicht aufrecht erhalten läßt, daß vielmehr in den Quellen überhaupt nur eine Art gemeinsamer Verpflichtung existiert!

Wir können es hier uns darum versagen, auf die Frage, welche noch Savigny und im Anschluß an ihn Brinz aufwirft, ob die Obligation mehrerer auf eine unteilbare Leistung nach gemeinem Recht ein Fall der echten Korrealität — una eademque obligatio, plures

[1]) Kr. Bl. S. 4, 42.
[2]) cf. Hasenöhrl S. 93 ff.
[3]) Pand. S. 191.
[4]) Ebenso Kuhlenbeck S. 350 (Kommentar).

rei — oder der bloßen Solidarität — plures obligationes, plures rei — sei, näher einzugehen. Savigny[1]) beantwortet sie im ersteren, Brinz[2]) im letzteren Sinne.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt, wie sämtliche moderne Kodifikationen, nur ein einheitlich gestaltetes „Gesamtschuldverhältnis"; es hat die gemeinrechtliche Unterscheidung bewußt abgelehnt.[3]) Allgemein anerkannt ist, daß nach der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs unzweifelhaft bei jedem Gesamtschuldverhältnis (und ein solches besteht kraft gesetzlicher Vorschrift immer, wenn mehrere eine unteilbare Leistung schulden, § 431) mehrere Obligationen vorliegen, die freilich alle das Gemeinsame haben, daß sie sämtlich auf ein und dieselbe, nur einmal zu bewirkende Leistung gehen.

[1]) S. 367.
[2]) Kr. Bl. S. 12.
[3]) vgl. Motive S. 154, 155.

C. Wenn die Teilbarkeit von Natur ausgeschlossen ist.

§§ 10—21.

Dritter Hauptteil:

Umfang der Verpflichtung der Mitschuldner einer von Natur unteilbaren Leistung.

I. Gemeines Recht.

A. Vor Eintritt der Schadensersatzverpflichtung.

§ 10.

Wir kommen jetzt zu unserer Hauptaufgabe. Es soll untersucht werden, wie sich die rechtlichen Beziehungen gestalten, wenn mehrere Schuldner eine von Natur unteilbare Leistung schulden, und insbesondere ist hier der Fall ins Auge zu fassen, wenn hier statt der Verpflichtung zur Naturalleistung die Verpflichtung zum Schadensersatze eingetreten ist.

Es bedarf kaum der Erwähnung, daß wir von vornherein den Fall ausscheiden, daß die Schuldner etwa ausdrücklich durch Vertrag solidarische Haftung eines jeden von ihnen sowohl für die Naturalleistung als auch für die etwa an deren Stelle tretende Schadensersatzleistung versprochen haben. Dies ist natürlich — ebenso wie bei der teilbaren Leistung (siehe § 9 Anfang) — möglich und mag in praxi häufig genug vorkommen. Für die rechtliche Behandlung bietet dieser Fall keine Besonderheiten.

Wir haben also in den folgenden Ausführungen immer nur eine Obligation im Auge, bei welcher mehrere Schuldner eine unteilbare Leistung schulden, ohne daß dabei besondere Parteiabreden in betreff des Umfangs der Haftung getroffen worden sind.

1. Zunächst betrachten wir den Umfang der Verpflichtung der einzelnen Schuldner, solange die Naturalerfüllung noch möglich ist.

Es ist ohne weiteres klar, daß der Satz: nomina sunt ipso jure divisa hier nicht angewendet werden kann. Es ist unmöglich, daß jeder Schuldner nur pro parte haftet und nur pro parte zur Leistung

verpflichtet ist. Denn diese ist unteilbar und kann folglich nur ganz oder gar nicht geleistet werden.

Wie hat nun das Gemeine Recht dieses Rechtsverhältnis geregelt? Verschiedene Möglichkeiten boten sich dem Gesetzgeber. Er konnte bestimmen, daß die Obligation mehrerer auf eine unteilbare Leistung einfach null und nichtig sein solle. Diese Konsequenz haben die Römer aber nicht gezogen.[1]) Lex 25 § 10 D. fam. erc. 10, 2 sagt ausdrücklich:

„si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio nec dubium est, quin duret."

Er hat vielmehr das Verhältnis solidarisch ausgestaltet. Denn im weiteren Verlauf der Stelle heißt es:

„singuli in solidum tenentur."

Dasselbe besagt l. 192 D. de div. reg. jur. ant. 50,17:

„ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur."

Ebenso: l. 11, 23 D. de leg. 32:

si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unumquemque heredum in solidum teneri Divus Marcus et Lucius Verus Proculae rescripserunt; tempus tamen coheredi praestituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum; post quod solam Proculam voluerunt facere, imputaturam coheredi sumptum pro parte ejus.

Aus allen eben angeführten Quellenstellen geht m. E. ganz offenbar hervor, daß jeder Schuldner der unteilbaren Leistung zur ganzen Naturalerfüllung verpflichtet ist, daß mithin der Gläubiger die Berechtigung hat, von jedem Schuldner das ganze Schuldobjekt zu fordern und einzuklagen.[2])

Anderer Meinung ist Rümelin.[3]) Er erkennt zwar an, daß, wenn der Schuldner leistet, er sich nur durch die ganze Naturalerfüllung befreien kann; damit sei aber nicht gesagt (S. 228), daß ihn ein Verschulden treffe, wenn er sich weigere, die Leistung allein vorzunehmen. Rümelin bestreitet also die Verpflichtung eines jeden Mitschuldners zur ganzen Naturalerfüllung. Als Beweis für seine Behauptung führt er die von uns zum Beweise des Gegenteils zitierte l. 11, 23 D. de leg. 32 an. Der Ausdruck: unumquemque heredem in solidum teneri lasse sich für die Frage nicht verwerten. „Es kann(!) mit demselben auch gesagt sein, daß sich der belangte Schuldner nur durch die ganze Leistung von der partiellen Leistung des Interesses liberieren kann." „Auch die Worte: voluerunt Proculam solam facere können nicht(!) den Sinn haben, daß die Procula die Arbeit allein ausführen müsse."

Diese Auslegung der lex ist m. E. völlig willkürlich und verkehrt ihren Sinn gerade in das Gegenteil.[4]) Die Quellen konstatieren eben

---

[1]) cf. Binder S. 97.
[2]) So auch Windscheid S. 210 § 299; Dernburg S. 72 § 24 b.
[3]) S. 226 ff.
[4]) Derselben Meinung Gradenwitz S. 19.

einfach und ohne jede Einschränkung, daß jeder Schuldner aufs Ganze für die Naturalleistung verhaftet sei.

B. Nach Eintritt der Schadensersatzpflicht.

§§ 11—21.

1. Wann tritt die Schadensersatzpflicht ein?

§ 11.

Wie gezeigt, ist das Rechtsverhältnis zwischen dem einzelnen Schuldner und dem Gläubiger einfach, solange die Naturalleistung geschuldet wird. Der Gläubiger kann jeden Schuldner auf die ganze unteilbare Leistung belangen, eben weil sie unteilbar ist und nur ganz oder gar nicht geleistet werden kann.

Wie aber, wenn sich die Verpflichtung zur Leistung in die Verpflichtung zum Schadensersatze umgewandelt hat? Ändert sich hier die Verpflichtung der einzelnen Schuldner?

Die Beantwortung dieser Frage bietet keine Schwierigkeiten für den Fall, daß die Schadensersatzpflicht — was sowohl nach Gemeinem Recht wie nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches die Regel ist — in der Pflicht zur Herstellung des Zustandes besteht, welcher bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 Satz 1 B.G.B.), mit andern Worten, wenn der Schadensersatz durch Naturalrestitution geleistet wird. In diesem Falle bleibt die Solidarhaft der Schuldner für die Schadensersatzleistung selbstverständlich bestehen. Denn da hier die Schadensersatzpflicht wieder in der Pflicht zur Herstellung einer unteilbaren Leistung besteht, letztere aber von jedem Schuldner nur ganz oder gar nicht bewirkt werden kann, so muß hier wieder aus natürlichen Gründen — das Gegenteil wäre ein Unding — solidarisch gehaftet werden.

Sehr häufig sind nun aber auch die Fälle, in denen das Prinzip der Naturalrestitution vom Gesetzgeber verlassen und der Schadensersatz in anderer Form geleistet wird, entweder aus rein praktischen Gründen (obwohl an sich Naturalrestitution möglich wäre), weil das Interesse des Gläubigers oder des Schuldners es angezeigt sein läßt,

Anm.: Vgl. § 249 Satz 2 B.G.B.: „Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen." Vgl. ferner § 251 Abs. 2 B.G.B.: „Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist."

oder aus natürlichen Gründen, weil die Naturalrestitution unmöglich ist.

Anm.: Vgl. § 251 Abs. 1 B.G.B.: „Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen."

Hier besteht dann der Schadensersatz in einer Leistung, welche in den

zivilisierten Staaten der allgemeine Wertmesser aller Vermögensobjekte ist, nämlich in einer Geldsumme. Eine Geldsumme ist teilbar. Die Verpflichtung zur Zahlung einer Geldsumme ist eine teilbare Leistung. Es entsteht die Frage: Bleibt, wenn an Stelle der bisher unteilbaren Gesamtschuld die teilbare Geldschuld tritt, gleichwohl die bisher für jeden der Mitschuldner bestehende Solidarhaft in Geltung, oder haftet nunmehr jeder Mitschuldner für den in Geld bestehenden Schadensersatz nur noch nach den allgemeinen Grundsätzen über teilbare Leistungen, also pro parte?

Hiermit gelangen wir zu dem bestrittensten Punkte der ganzen Lehre von den unteilbaren Obligationen. Seine Darstellung bildet auch den Gegenstand der folgenden Ausführungen. Wenn darum in der nachstehenden Untersuchung schlechtweg von „Schadensersatz" die Rede ist, so wird damit stets der in Geld bestehende Schadensersatz gemeint sein.

Der Hauptfall des Eintritts der Verpflichtung zum Gelderſatze ist die durch vertretbares Verhalten des Schuldners eingetretene Unmöglichkeit der Naturalerfüllung.

Zu vertreten hat der Schuldner diese eingetretene Unmöglichkeit in erster Linie dann, wenn sie durch seinen dolus oder durch seine culpa herbeigeführt worden ist.

Es kommt aber auch vor, daß der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, obwohl ihm weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zur Last fällt. Nämlich:

a) wenn er kraft gesetzlicher Vorschrift für casus haftet, und sich nur durch den Nachweis des Vorhandenseins von vis major oder eigenem Verschulden des Gegenkontrahenten von dieser Haftung befreien kann (wie nach Gemeinem Rechte die nautae caupones stabularii für die unversehrte Restitution der recepta; [1]) nach heutigem Reichsrecht noch der Gastwirt und die Eisenbahnen, wenn sie als Frachtführer fungieren; [2]) nach altem Handelsgesetzbuch auch der Frachtführer und Verfrachter [3]) oder

b) wenn er vertragsmäßig eine bis aufs höchste gesteigerte Haftung übernommen hat, also der sogenannte Garantievertrag vorliegt.

Diese letzteren beiden Fälle übersieht Stolze,[4]) wenn er behauptet, für den Fall, daß die Naturalerfüllung ohne jede Schuld der Schuldner unmöglich geworden sei, seien die Schuldener „selbstverständlich" von jeder Verpflichtung befreit; es liege also bei Gradenwitz, der gerade die aus unverschuldeter, aber gleichwohl vertretbarer Leistungsunmöglichkeit sich ergebenden Rechtsverhältnisse einer eingehenden Betrachtung unterzieht,[5]) wohl nur ein Versehen vor.

---

[1]) l. 1 pr. D. nautae caupones 4, 9.
[2]) B.G.B. § 701; H.G.B. §§ 453 Ziff. 5, 456.
[3]) Altes H.G.B. Art. 395, 607.
[4]) S. 39 Anm. 14.
[5]) S. 20, 35 ff.

M. E. ist es gerade für unsere Frage von allergrößter Wichtigkeit, die Fälle der verschuldeten von denen der unverschuldeten, vertretbaren Leistungsunmöglichkeit ganz scharf zu trennen; nur wenn dies geschieht, kann man zu einem billigen Ergebnisse gelangen, und gerade die in der Literatur sehr häufige Nichtbeachtung dieses Punktes hat m. E. zu sehr vielen Unklarheiten in unserer Lehre geführt.

Im folgenden Fall soll diese Scheidung streng durchgeführt werden.

2. Die Schadensersatzpflicht ist eingetreten

a) infolge von Verschulden

α) eines Mitschuldners.

§ 12.

1. Vorweg zu behandeln ist folgender, in den Quellen mehrfach erwähnter Fall, der anscheinend hierher gehört:

> l. 9 D. dep. vel contra 16, 3: „in depositi actione si ex facto defuncti agatur adversus unum ex pluribus heredibus pro parte hereditaria agere debeo."

Der Depositar ist schuldhafterweise zur Restitution der bei ihm deponierten Sache außerstande, haftet folglich für das Interesse; er stirbt mit Hinterlassung mehrerer Erben; gegen einen derselben wird geklagt. Hier vererbt sich auf die Erben gar nicht die Pflicht zur — unteilbaren — Naturalleistung, sondern von vornherein die — natürlich teilbare — Schadensersatzpflicht! Folglich haftet hier jeder Erbe nach den (oben S. 12 f. geschilderten) Grundsätzen über teilbare Leistungen, also nur pro parte. Dasselbe besagt l. 7 § 1 D. dep. vel contra 16, 2. Diese Entscheidung ist durchaus folgerichtig und bietet keine Besonderheiten.[1])

Nach heutigem bürgerlichen Rechte würde die Entscheidung freilich anders ausfallen. Denn nach B.G.B. § 2058 haften Erben für „die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten", also auch für die teilbaren als Gesamtschuldner, d. h. jeder in solidum!

2. Gesondert zu behandeln ist ferner der praktisch sehr häufige Fall, daß mehrere Personen eine unteilbare Leistung in der Weise übernehmen, daß jeder sich nur zu einer Mitwirkung bestimmter Art verpflichten will und die Leistung so beschaffen ist, daß der einzelne für sich allein sie gar nicht gewähren kann.[2]) z. B. ein Tänzer und eine Tänzerin verpflichten sich, einen pas de deux zu tanzen.[3]) Hier ist jeder einzelne nur unter der Voraussetzung verpflichtet, daß er die erforderliche Mitwirkung findet. Weigert sich also z. B. die Tänzerin, zu tanzen, während der Tänzer dazu bereit ist, so liegt für den zur Erfüllung bereiten Tänzer

---

[1]) vgl. Evert S. 19.
[2]) cf. Windscheid S. 213.
[3]) cf. Ubbelohde S. 244.

casus vor, er wird also nach allgemeinen Grundsätzen frei und kann auch nicht einmal in einem Teil des Interesses verurteilt werden, da er ja seine Leistung naturaliter offeriert hat![1]) Die Tänzerin aber hat dadurch, daß sie ihre Mitwirkung verweigert hat, die ganze Leistung unmöglich gemacht, haftet folglich auch auf das ganze Interesse.

Nachdem wir diese beiden Fälle ausgeschieden haben, den ersteren als überhaupt nur scheinbar hierher gehörig, den zweiten als einer besonderen Behandlung bedürftig, werden wir in folgendem den Umfang der Schadensersatzpflicht der Mitschuldner ins Auge fassen bei einer unteilbaren Obligation, bei der — im Gegensatz zu dem S. — sub 2 genannten Falle — an sich jedem der Mitschuldner die Bewirkung der ganzen Naturalerfüllung möglich war. Betrachten wir nun zuerst, wie die rechtlichen Beziehungen sich gestalten, wenn die Naturalerfüllung einer von mehreren geschuldeten, in diesem Sinne unteilbaren Leistung durch Verschulden objektiv unmöglich geworden ist, und zwar zunächst durch Verschulden eines der Mitschuldner.

Hier gelten folgende beiden Grundsätze:

a) Jeder haftet nur für sein eigenes Verschulden, nicht für das Verschulden seiner Mitschuldner. Die übrigen Schuldner werden ganz frei. Denn für sie ist das Verschulden des Mitschuldners casus und: casus a nullo praestatur. Es tritt also Konzentration der Haftung auf den einen kulposen Schuldner ein: vgl. Paulus l. 9 dep. vel contra 16, 3, die Fortsetzung der vorhin (S. 20) zitierten Stelle:

> „si vero ex suo delicto, pro parte non ago; merito, quia aestimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse heres admisit. l. 10 eod.: nec adversus coheredes ejus, qui dolo carent, depositi actio competit."
>
> l. 25 § 12 D. fam. erc. 10, 2: „ne unius factum ceteris damnosum sit."

Windscheid[2]) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß dies häufig verkannt oder jedenfalls nicht genügend hervorgehoben wird.[3]) Man hielt die Verhaftung aller Schuldner für die Schuld des Mitschuldners für selbstverständlich. Aus dieser falschen Annahme entsprang dann eine ganze Kette von Irrtümern. Ohne besondere Begründung tritt Haftung eines Schuldners für das Verschulden eines Mitschuldners niemals ein!

Die einzige Stelle, welche anscheinend das Gegenteil ausspricht, ist die vielbesprochene, höchstwahrscheinlich korrumpierte (siehe Baron S. 287 ff.)

> lex 18 D. de V.O. 45, 2[4]): „ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet."

---

[1]) cf. Ubbelohde S. 246; Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung S. 58 § 7.

[2]) S. 212 Anm. 9.

[3]) So vgl. z. B. Savigny S. 365, 366.

[4]) Hierüber vgl. Evert S. 35 ff.

Doch hat schon Baron[1]) und m. E. ganz überzeugend Binder[2]) nachgewiesen, daß diese Stelle höchstwahrscheinlich überhaupt nicht von der culpa-Haftung handelt und nur durch eine ungeschickte Interpolation anscheinend diesen Sinn bekommen hat: „Die gegenseitige culpa-Haftung ist etwas so Abnormes, daß sie ganz unzweideutig nachgewiesen sein müßte, um glaubhaft zu sein. Haftung für fremde culpa ist Haftung für casus, darüber wird keine Theorie hinauskommen" (Binder), und das letztere würde dem sonst im Gemeinem Rechte so konsequent durchgeführten Satze: casus a nullo praestatur vollständig widersprechen.

Übrigens brauchen wir uns hierauf gar nicht näher einzulassen, denn für die Obligationen, welche nur wegen Unteilbarkeit der Leistung solidarisch sind (und nur von diesen ist hier die Rede; vgl. S. 16), gilt dieser Satz nach der herrschenden Meinung[3]) sicher nicht.

Nur Ubbelohde nimmt eine Sonderstellung ein. Er erkennt unseren Grundsatz für die positiven Obligationen zwar an; bei negativen behauptet er (S. 108) aber das Gegenteil für den Fall, der nachträglich, also meist durch Erbfall, eintretenden Schuldnermehrheit. Er folgert aus dem (zweifellos richtigen) Gedanken, daß die rechtliche Lage des Gläubigers durch den Erbgang auf schuldnerischer Seite nicht verschlechtert werden darf, daß hier ein Schuldner für das Verschulden seiner Mitschuldner hafte. Doch ist dieser Schluß zu weitgehend, wie Rümelin (S. 258) mit Recht hervorhebt. Es folgt aus diesem Gedanken nur, daß jedem Erben des Schuldners „dieselbe volle negative Verbindlichkeit auferlegt werden muß". „Wenn man darin eine Verschlechterung der Lage des Gläubigers erblicken wollte, daß mit der Zahl der Schuldner auch die Möglichkeit eines Verschuldens gewachsen sei, so müsse dasselbe auch für die positiven Obligationen angenommen werden; auch hier hat durch den Eintritt der mehreren Schuldner die Gefahr zugenommen, daß von irgend einer Seite durch schuldhaftes Verhalten eine Verletzung des Gläubigers herbeigeführt wird, und trotzdem wird keine Haftung für fremdes Verschulden statuiert."

Die Quellen erwähnen zwar vielfach eine Haftung der Mitschuldner für die culpa eines Schuldners, aber hier liegt ausnahmslos eine vertragsmäßige Übernahme der Haftung für dieses Verschulden, ein Garantievertrag, vor, d. h. eine Zusicherung des Einstehens für jeden Schaden, der aus dem Vertrage erwachsen kann!

> cf. l. 2 § 5 D. de V.O. 45, 1: „si ita stipulatus fuero: per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat? et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes ejus. . ."

---

[1]) S. 287 ff.
[2]) S. 271 ff.
[3]) vgl. J. Merkel in Holtzendorffs Rechtslexikon 3. Aufl. 1881 Bd. 3 S. 697 sub 4.

Hier ist der Fall behandelt, daß jemand durch Vertrag eine Verpflichtung zum Nichttun „für sich und seine Erben" übernimmt. Hier haftet (eben wegen dieser besonders übernommenen Verpflichtung des Erblassers, nicht aber aus allgemeinen Grundsätzen) jeder der mehreren Erben dafür, daß „durch die Erben" die verbotene Handlung nicht vorgenommen werde; also auch für das Verschulden eines anderen.[1])

Denselben Fall behandeln übrigens noch

l. 131 pr. D. de V.O. 45, 1; l. 25 § 12 D. 10, 2; l. 44 § 5 D. 10, 2.

Ebenso ist wohl auch folgender, in der neueren Literatur mehrfach erwähnter Fall zu beurteilen:

Zwei Personen leihen sich ein Tandem zu gemeinschaftlicher Benutzung. Durch die culpa des einen, der ein ungeschickter Fahrer ist, wird es bei einem gemeinschaftlich unternommenen Ausfluge zerstört und dadurch die — natürlich unteilbare — Verpflichtung zur Restitution unmöglich.

Hier dürfte ebenfalls aus dem Inhalt des Vertrages zu schließen sein, daß ein jeder der beiden Schuldner stillschweigend die Haftung auch für die culpa des anderen mitübernommen hat; nur aus diesem Gesichtspunkte würde man hier zur Haftung auch des Unschuldigen für das Interesse kommen. Übrigens kann man hier kaum von einem „Unschuldigen" reden, denn darin liegt schon m. E. eine Fahrlässigkeit, daß jemand sich mit einem anderen zusammen auf ein fremdes Rad setzt, obwohl er dessen Unfähigkeit, das Rad sicher zu fahren, kennt, oder obwohl er gar nicht weiß, ob der andere ein sicherer Fahrer ist oder nicht.

Abgesehen von diesen eben geschilderten Fällen tritt Haftung für fremdes Verschulden niemals ein.

b) Der Schuldner, durch dessen Verschulden die Leistung unmöglich geworden ist, haftet für das ganze Interesse des Gläubigers. Dieser, durchaus billige Grundsatz findet in den Quellen seine Bestätigung.

vgl. Ulpian l. 5 § 15 D. 13, 6: 2 Personen haben sich gemeinschaftlich einen Wagen geliehen oder gemietet: . . . . . esse verius ait (Celsus filius) et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere.

β) einiger oder aller Mitschuldner.

§ 13.

Es sei jetzt der Fall betrachtet, daß die Leistungsunmöglichkeit infolge von Verschulden einiger oder aller Mitschuldner eintritt.

Hier ist nicht abzusehen, warum die eben für das Vorhandensein der culpa eines Schuldners aufgestellten Grundsätze eine Änderung er-

[1]) vgl. Windscheid S. 211 Anm. 9; Rümelin S. 260.

fahren sollten, wenn diese culpa bei mehreren oder allen Schuldnern der unteilbaren Leistung vorliegt. Es haftet folglich jeder einzelne Schuldner hier auf das Interesse in solidum. Es wäre ja auch geradezu ungeheuerlich, wenn es anders sein sollte; wenn jetzt, wo die Leistung durch das Verschulden der Schuldner unmöglich geworden ist, jeder Schuldner nur noch pro parte haften sollte, während er vorher, als er noch nicht culpos war, für die ganze Naturalleistung haftete; wenn somit infolge der culpa des Schuldners die Lage des Gläubigers verschlechtert, die des Schuldners verbessert werden sollte! Der Schuldner hätte es dann ja geradezu in der Hand, durch absichtliche Vereitelung der Naturalerfüllung seine rechtliche Position zu verbessern und den Gläubiger zu schädigen!

Die Quellen bestimmen denn auch unzweideutig das Fortbestehen der Solidarhaft.

So l. 22 D. dep. vel contra 16,3:

> Bei jemandem war eine lanx (Schüssel) hinterlegt. Nach seinem Tode schmelzen seine beiden Erben die Schüssel ein, sind also zu deren — natürlich unteilbarer — Restitution, welche sie aus dem Verwahrungsvertrage schulden, außerstande. Hier heißt es:
>
> „in solidum conveniri poterunt, nam certe verum est, in solidum quemque dolum fecisse et nisi pro solido res non potest restitui."

Jeder ist hier schuld an der Unmöglichkeit der Restitition, zu welcher jeder, eben wegen ihrer Unteilbarkeit, ganz verpflichtet war; folglich muß ihn auch die Verpflichtung zum Schadensersatz ungeteilt und solidarisch treffen.[1]) „Das Recht läßt den einzelnen auch da, wo er nur zum Teil kausal geworden ist, für den Erfolg ganz haften, wenn er nur überhaupt kausal geworden ist, und zwar geht es hier von dem ganz richtigen Gesichtspunkte aus, daß in der Regel der gemeinsam herbeigeführte Erfolg jedem ganz zuzurechnen ist" (Binder).

Die Schadenersatzpflicht ist eingetreten:

b) ohne Verschulden der Mitschuldner.

a) Allgemeines.

§ 14.

In den meisten Fällen wird die eintretende Unmöglichkeit der Naturalleistung durch ein Verschulden eines oder mehrerer Mitschuldner verursacht sein, und dann greifen die oben geschilderten Grundsätze Platz.

Doch ist dies keineswegs immer der Fall; und gerade dies wollen wir jetzt näher ins Auge fassen: Wie sich die Haftung der einzelnen

[1]) Vers. Meinung Binder S. 41; Evert S. 16.

Mitschuldner dem Gläubiger gegenüber gestaltet, wenn die Naturalerfüllung ohne Schuld der Mitschuldner unmöglich geworden ist, sie diese Unmöglichkeit aber gleichwohl zu vertreten haben.

Ein Beispiel möge dies anschaulich machen:

Der Eigentümer einer Segelyacht verleiht dieselbe an drei seiner Bekannten, die ihm als gute Segler bekannt sind, zu einer Ausfahrt. Diese erklären dabei ausdrücklich: „Wir wollen für jeden eventuellen Unfall haften." (NB.: Über den Umfang der Haftung des einzelnen treffen sie keine Vereinbarung.) — Die Leistung, die sie aus dem Leihvertrage schulden, nämlich die Verpflichtung zur Restitution der Yacht, ist unteilbar; denn das Boot kann nur ganz oder gar nicht restituiert werden. —

Bei der nachts erfolgenden Heimfahrt wird die Yacht ohne jedes Verschulden der Insassen durch einen falsch manöverierenden Dampfer, der wegen der herrschenden Dunkelheit unerkannt weiter fährt, überrannt und in den Grund gebohrt. Die drei Insassen werden gerettet.

Kann der Verleiher jeden von ihnen auf das ganze Interesse belangen, oder kann er es von jedem nur pro parte, also nur zu einem Drittel, einfordern?

An Stelle der unteilbaren Naturalleistung, für die jeder einzelne Schuldner solidarisch haftete, eben weil sie unteilbar war und bruchstückweise gar nicht geleistet werden konnte, ist jetzt ein Geldanspruch des Gläubigers, also eine teilbare Leistung, getreten, und es entsteht die Frage: Bleibt nun, trotz der eingetretenen Teilbarkeit der Leistung, die bisherige Solidarhaftung des einzelnen Schuldners bestehen, hat er also auch das Interesse ganz zu prästieren, oder treten nunmehr wieder die (oben S. 12 ff. geschilderten) Grundsätze über die teilbare Leistung ein, d. h. haftet jeder Schuldner nur noch pro parte?

Diese Frage hat eine sehr verschiedene Beantwortung in der gemeinrechtlichen Doktrin gefunden.

Bevor wir auf die im Anschluß an die Quellen entstandenen Kontroversen näher eingehen, wollen wir uns vergegenwärtigen, welche allgemeinen Gesichtspunkte hier in Betracht kommen. Fragen wir uns: Was wird denn eigentlich verändert, wenn plötzlich, durch irgend ein außen stehendes Ereignis, die Pflicht zur Naturalleistung wegfällt und die Pflicht zur Interesseleistung eintritt?

Man kann hier von verschiedenen Auffassungen ausgehen:

I. Es ist die Behauptung aufgestellt worden:[1]) Es liegen von vornherein, also von dem Augenblicke der Begründung des Schuldverhältnisses an, eigentlich zwei Obligationen vor:

[1]) So von Chesius S. 311; s. Gradenwitz S. 24 im Anschluß an l. 13 § 1 D. de re jud. 42, 1, l. 43 D. de jud. 5, 1 und l. 72 D. de V.O. 45, 1. Dagegen: Mommsen, mora S. 32 ff.: namentlich Note 11; Mommsen, Interesse S. 85 Note 2; Arndts, Pand. § 216 Anm.

1. die primäre Obligation auf Naturalleistung;

2. die sekundäre, latente, und nur in dem Falle des Unmöglichwerdens der Naturalleistung in die Erscheinung tretende Obligation auf Interesseleistung. — Diese beiden Obligationen laufen — dieser Auffassung zufolge — von vornherein nebeneinander her.

Die primäre — unteilbare — Obligation auf Naturalleistung erlischt in dem Augenblicke, wo die Naturalleistung unmöglich wird, und nun tritt plötzlich die bisher latente, aber schon vorhanden gewesene — teilbare — Obligation auf Interesseleistung in die Erscheinung.

Von diesem Standpunkte aus kommt man zur pro parte-Haftung. Doch scheint mir diese Auffassung nicht richtig zu sein. Denn der Gläubiger will regelmäßig bei Eingehung der Obligation die Naturalleistung; nur an sie denkt er, nur sie interessiert ihn. Wird sie unmöglich, so tritt die Verpflichtung zur Interesseleistung ein; aber nicht infolge einer schon während des Begründungsaktes des Schuldverhältnisses abgeschlossenen besonderen Obligation! Sondern aus allgemeinen Gründen, um nämlich dem Gläubiger, der seinen Anspruch auf Naturalerfüllung ohne seine Schuld verloren hat, ein möglichst vollkommenes Äquivalent dafür zu schaffen, hat der Gesetzgeber selbst den Eintritt der Schadensersatzpflicht angeordnet!

II. Eine zweite Auffassung ist folgende: Von vornherein ist nur eine Obligation da, nämlich die Obligation auf Naturalleistung. Wird die Naturalleistung unmöglich, so tritt in demselben Augenblicke an die Stelle der dadurch erloschenen Obligation auf Naturalleistung durch einen novationsähnlichen Vorgang eine in diesem Augenblick erst entstehende, ganz neue und von der früheren völlig wesensverschiedene Obligation, nämlich die auf Interesseleistung. Auch hieraus würde sich der Eintritt der pro parte-Haftung ergeben.

III. Noch ein anderer Standpunkt ist dieser: Die ursprüngliche Obligation, durch welche sich der Schuldner zu einer Leistung verpflichtet hatte, bleibt an sich unverändert; durch den Eintritt der Schadensersatzverpflichtung wird das alte juris vinculum, welches zwischen den Schuldnern einerseits, dem Gläubiger andererseits bestand, nicht zerrissen und etwa ein neues geknüpft; sondern das alte Band bleibt bestehen, es entsteht keine neue Obligation.[1]) Somit bleiben auch die durch die ursprüngliche Obligation hervorgerufenen rechtlichen Beziehungen, insbesondere die Haftungsverhältnisse, völlig unverändert. Das Geschuldete (die Leistung) verändert sich inhaltlich, das Schuldverhältnis bleibt das alte! Diese, m. E. richtige Auffassung würde zum Fortbestehen der Solidarhaftung führen.

Haben wir soeben einige theoretische Gründe für und wider die Solidar- resp. pro parte-Haftung erörtert, so legen wir uns jetzt — wieder ohne die Quellen vorerst zu berücksichtigen — die Frage vor: welche praktischen Gründe sprechen für die eine, welche für die andere Haftungsart?

[1]) vgl. auch Hölder S. 176.

a) Der Teilhaftung ist folgende Erwägung günstig: Der Schuldner schuldete die Leistung nur aus dem Grunde ganz, weil eine teilweise Leistung von Natur unmöglich war. Warum soll jetzt, wo dieser einzige Grund seiner Solidarhaftung weggefallen ist, diese trotzdem weiter bestehen bleiben? Warum sollen jetzt nicht vielmehr wieder die allgemeinen Regeln der Obligation auf eine teilbare Leistung, also eine Spaltung in Partialobligationen und folglich die pro rata-Haftung des einzelnen Schuldners, wieder eintreten?

b) Zugunsten der Solidarhaftung spricht folgendes: Jeder Schuldner war zur ganzen Naturalleistung verpflichtet; warum soll er nicht auch zur ganzen Interesseleistung verpflichtet sein! Warum soll durch den Eintritt der Schadensersatzpflicht auf der schuldnerischen Seite die Stellung des Gläubigers verschlechtert werden? Daß das letztere der Fall ist, wenn man pro parte-Haftung der Schuldner für das Interesse annimmt, bedarf wohl keines Beweises. Die Rechtsverfolgung wird für den Gläubiger dadurch komplizierter, die Wahrscheinlichkeit, zur vollständigen Befriedigung zu gelangen, ganz bedeutend verringert; sobald auch nur ein Mitschuldner insolvent ist, tritt durch den infolgedessen erfolgenden Ausfall der auf ihn entfallenden Quote der Interessesumme für den Gläubiger ein Schaden ein. Bei Annahme des Fortbestehens der Solidarhaftung erleidet der Gläubiger dagegen erst dann einen Verlust, wenn die seinem Zugriff unterliegenden Vermögensmassen sämtlicher Mitschuldner zusammen nicht den Betrag der an Stelle der unteilbaren Leistung getretenen Schadensersatzsumme erreichen; und dieser Fall ist naturgemäß ungleich seltener und unwahrscheinlicher als der der Insolvenz eines Schuldners!

β) Die streitigen Quellenstellen.

1. Inhalt.

§ 15.

Haben wir uns bisher die allgemeinen Gründe, welche teils für, teils gegen das Fortbestehen der Solidarhaftung sprechen, vergegenwärtigt, so gehen wir nunmehr zur Betrachtung der beiden Quellenstellen über, welche so lebhafte Kontroversen in dieser Frage hervorgerufen haben. Es handelt sich um: lex 25 § 10 D. fam. erc. 10, 2 und lex 72 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

Die lex 25 § 10 lautet:

Paulus libro vicensimo ad edictum:

„Contra (denn im vorhergehenden Paragraphen war von einer Gläubigermehrheit die Rede) si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret, quoniam viam promittere et is protest, qui fundum non habet; igitur, quia singuli in solidum tenentur, officio judicis cautiones interponi

debere, ut, si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur.“

Der Inhalt der Stelle ist folgender: Jemand verspricht einem anderen die Verschaffung einer Wegeservitut (unteilbare Leistung cf. S. 7) und verstirbt unter Hinterlassung mehrerer Testamentserben. Es tritt keine Teilung der Obligation ein. Daß sie fortbesteht, ist zweifellos, denn eine Servitut an einem fundus kann auch ein Nichteigentümer versprechen. Jeder der Erben haftet für die ganze Leistung; ist es zur Klage gekommen und hat einer der Erben die ganze Litisaestimation bezahlt, so kann er von seinen Miterben Regreß nehmen.

Der Wortlaut der lex 72 pr. ist folgender:

Ulpianus libro vicensimo ad edictum:

„Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquaeductus ceterarumque servitutium. idem puto, si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari vel operas vel quid his simile. horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici justa aestimatione facti dandam esse petitionem.

Der Inhalt ist kurz folgender: Ulpian führt zunächst einige schon oben (Seite 8) erwähnte Beispiele für unteilbare Obligationen auf, erwähnt darunter insbesondere auch die Unteilbarkeit der Stipulationen auf ein „facere“.

Der zweite Teil der lex führt eine Stelle aus den „Digesten“ des Celsus an, welche besagt, der Jurist Tubero

Anm.: Q. Aelius Tubero war Zeitgenosse Ciceros, lebte im letzten Jahrhundert der Republik. s. Lenel, Palingenesia juris civilis Bd. 2 S. 1246.

habe einmal eine andere Meinung, nämlich die Teilung der Aestimation, vertreten.

Die lex 25 spricht für die Stipulation auf Verschaffung einer Prädialservitut ganz fest Unteilbarkeit aus. Die erste Hälfte der lex 72 tut dasselbe; in der zweiten Hälfte dieser lex wird das Gegenteil behauptet. Wie ist das zu erklären?

2. Die Erklärungen.

a) Die Erklärung Landuccis.

§ 16.

Nach der Ansicht einiger widersprechen sich die im § 15 wiedergegebenen Stellen direkt und sind nicht miteinander zu vereinigen. Andere meinen, der Widerspruch sei nur scheinbar; und nach der Behauptung

des Italieners Lando Landucci,[1]) welche in Deutschland zuerst durch Gradenwitz[2]) vor einigen Jahren aufgenommen worden ist, und auch von Stolze[3]) vertreten wird, liegt überhaupt kein Widerspruch vor.

Die Landuccische Erklärung mutet an wie das Ei des Kolumbus, so überaus einfach ist sie, und wenn sie richtig wäre, dann könnte man in der Tat kaum begreifen, wie es möglich war, daß so zahllose Versuche zur anderweitigen Erklärung der Stellen gemacht worden sind.

Landucci behauptet nämlich, in dem zweiten Teile der lex 72 sei gar nicht, wie man bisher allgemein annahm, von einer Schuldnermehrheit, sondern von einer Gläubigermehrheit die Rede (NB.: Für diese ist der Grundsatz der Teilung der Interesseleistung ganz allgemein anerkannt,[4]) vgl. z. B. l. 8 pr. D. 38,1 und l. 54 § 1 D. 45,1). Denn das Wort: stipulemur heiße: „wir lassen uns versprechen", weise also ganz klar auf eine vorhandene Gläubigermehrheit hin.

Somit wäre die, für Eintreten der Teilhaftung sprechende zweite Hälfte der lex 72 für unseren Fall der Schuldnermehrheit bei unteilbarer Obligation ganz bedeutungslos. — Die lex 25 statuiert ausdrücklich das Prinzip des Fortbestehens der Solidarhaft; folglich ist dies das Quellenmäßige und Richtige.

Diese Erklärung hat auf den ersten Blick etwas Bestechendes. Gradenwitz[5]) schließt sich ihr rückhaltslos an und meint, durch sie seien mit einem Schlage alle bisherigen Zweifel endgültig aus dem Wege geräumt; er fügt auch selbst noch einige, m. E. nicht beweiskräftige Gründe hinzu: 1. Die Passiva tradi, fodiri, fabricari sprächen für die Gläubigermehrheit, denn der Schuldner hätte versprochen: tradere, fodire, fabricare. 2. Die Schlußworte „dandam esse petitionem" weisen darauf hin, daß den Gläubigern die Klage zu geben sei, denn sonst hätte der Jurist den genannt, gegen den die Klage gegeben wird.

Diese beiden Gründe sind auf jeden Fall recht gekünstelt, und außerdem dürfte ihre Richtigkeit sehr fraglich sein.

„Merkwürdigerweise hat Landucci bei seinen Landsleuten nicht den verdienten Beifall gefunden", sagt Gradenwitz. M. E. ist dies durchaus nicht so verwunderlich, und ich stimme Crescencio[6]) vollkommen bei, wenn er Landuccis Erklärung zwar „ingegnosa e geniale, ma alquanto arbitraria" findet. Denn willkürlich ist diese Auslegung in der Tat.

„Ubi quid fieri stipulemur" heißt zwar sicherlich rein grammatisch betrachtet: „wenn wir uns etwas versprechen lassen". Aber

---

[1]) S. 405 ff.
[2]) S. 37, 38.
[3]) S. 41.
[4]) cf. Windscheid S. 210, § 299.
[5]) Ebenso Stoltze S. 41.
[6]) s. Leoni S. 223 Anm. 3.

in unserer Stelle ist es lediglich ein „phraseologischer" Plural,[1]) wie er nicht nur in dem Latein der Digesten, sondern auch in der gesamten klassischen, nicht juristischen Literatur überaus häufig vorkommt. Es ist damit durchaus nicht eine Mehrheit von Handelnden gemeint. Vielmehr bedeutet der Ausdruck „ubi quid fieri stipulemur", wie allgemein und m. E. völlig mit Recht angenommen wird, genau dasselbe wie der kurz vorhergehende: „si quis faciendum aliquid stipulatus sit".[2]) Ulpian nimmt dies mit anderen Worten wieder auf, um eben eine Abwechslung im Ausdrucke eintreten zu lassen und Eintönigkeit zu vermeiden.

Abgesehen von diesen rein sprachlichen Gründen wäre es doch auch ganz absonderlich, wenn Ulpian hier die allseitig anerkannte, unbestrittene Tatsache, daß bei Vorhandensein mehrerer Gläubiger eine Teilung des Interesses unter dieselben eintritt, so umständlich und ungeschickt konstatiert (indem er sie nicht selbst begründet, sondern erst die Ansicht des Celsus und des Tubero zu Hilfe nimmt), während er selbst an anderen Stellen seines Ediktskommentars dies als etwas durchaus Unbestrittenes und Selbstverständliches hinstellt,[3]) so in l. 4 § 3 D. 8, 5. l. 1 § 31, § 44 D. dep. vel contra 16, 3:

> „si duorum servus sit, qui deposuit, unicuique dominorum in partem competit depositi" (l. 1 § 31 dep. vel. c. 16, 3).

Außerdem macht auch das „tamen" stutzig. Es weist ganz zweifellos darauf hin, daß Ulipan jetzt eine Ansicht anführen will, die mit der eben von ihm dargelegten im Widerspruche steht. Das Wort „tamen" am Anfang eines Satzes leitet immer und ausnahmslos einen Gegensatz zu dem vorangegangenen konzessiven Satze ein.

Hiermit dürfte zur Genüge erwiesen sein, daß die Landuccische Erklärung nicht ausreicht. Landucci scheint auch selbst das Unzureichende seiner Erklärung gefühlt zu haben, denn er hatte eine — soweit aus der mir zugänglichen Literatur zu ersehen — noch nicht erschienene neue Abhandlung über unser Thema versprochen, in welcher er seine Interpretation der lex 72 „con nuovi argomenti avvalorare" wollte.[4])

Wir müssen also bei der bisher üblichen Auffassung, daß in der ganzen lex 72 von einer Schuldnermehrheit die Rede ist, bleiben.

Die zahlreichen Versuche, die lex 10 und die lex 72 miteinander zu vereinigen, haben nun zu drei völlig verschiedenen Resultaten geführt, die im folgenden getrennt einer Betrachtung unterzogen werden sollen.

---

[1]) So auch Windscheid S. 211 Anm. 7 c.
[2]) Derselben Meinung Meyer S. 48.
[3]) Meyer S. 49 macht hierauf aufmerksam.
[4]) s. Leoni S. 233 Anm. 1.

b) Die herkömmlichen Ansichten.

α) Einteilung nach der Art der Obligationen.

aa) § 17.

Eine heute ziemlich aufgegebene, früher aber viel behauptete Erklärung war die Einteilung nach der Art der Obligationen.

Anm. vgl. Puchta, P. § 233 Note o; Ribbentrop S. 223 ff. vgl. mit 231 ff.; Sintenis C.R. § 89, 2a S. 123; Brinz, Kr. Bl. S. 4, 46, 52; Molitor I S. 324 ff.; Siebenhaar S. 260 ff., 270 ff., 414 ff.; v. Vangerow, P. § 567 Anm. 2 I.

Man schloß folgendermaßen: a) die lex 25 statuiert für den Eintritt der Interesseleistung bei der unteilbaren Obligation auf Einräumung einer Prädialservitut ein Fortbestehen der Solidarhaftung. Diese Obligationsart gehört zu den obligationes dandi. Was für eine obligatio dandi gilt, muß auch für alle anderen Obligationen derselben Art gelten. Folglich bleibt bei allen obligationes dandi die Solidarverpflichtung der Mitschuldner bestehen.

b) Die lex 72 dagegen spricht hauptsächlich von Obligationen auf ein facere. Für diese wird nach Fortfall der Naturalleistung Teilung der Litisästimation angenommen. Folglich ist dies eben bei obligationes faciendi die Regel.

Als Grund dieser verschiedenen Behandlung der Obligationen auf ein facere und solcher auf ein dare geben die Vertreter dieser Ansicht übereinstimmend an: bei den Obligationen auf ein dare schulde der Schuldner stets das Objekt selbst, und nur die Kondemnation sei auf Geld gerichtet; bei den obligationes faciendi dagegen gehe — nach Ansicht der Römer — die Schuld selbst auf den — teilbaren — Geldeswert des nicht geleisteten Faktums; das factum sei demnach nur in solutione, nicht in obligatione; hier sei also der Geldeswert des nicht geleisteten Faktums das wahre Objekt der Verpflichtung.

Diese Erklärung, die man aus verschiedenen Quellenstellen, so der

l. 13 § 1 D. de re. jud. 42, 1; l. 43 D. de jud. 5, 1 und unserer l. 72 pr. D. de V.O. 45, 1

herausgelesen hatte, findet sich schon in der Glosse des Accursius und war bis zur Auffindung des Gajus die herrschende. Solange man nicht wußte, daß im klassischen Rechte die condemnatio stets auf Geld ging, war sie auch allenfalls annehmbar.[1]) Seitdem man dies aber aus dem berühmten § 48 liber IV des Gajus (vgl. oben S. 18) ganz zuverlässig weiß, fällt diese Erklärung des Grundes der Unterscheidung in sich zusammen. Gleichwohl hält sie v. Vangerow[2]) noch aufrecht.

Eine andere Begründung[3]) für den angeblichen Unterschied in der Behandlung der Obligationen auf ein unteilbares facere und derjenigen

---

[1]) cf. Ubbelhode S. 78.
[2]) S. 10.
[3]) Nach Ubbelohde S. 79, 80.

auf Bestellung einer Servitut gibt Ribbentrop.[1]) Er gibt zu, daß ein innerer Grund der Unterscheidung sich nicht finden lasse (S. 232) und will sie lediglich aus der verschiedenen Fassung der beiden in Betracht kommenden Formeln erklären (S. 233): die formula aus der stipulatio servitutis habe nämlich gelautet:[2])

> si paret N^m N^m A° A° iter (viam etc.) dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam judex N^m N^m A° A° condemna s. n. p. a.,

sei also eine condictio certi gewesen; der Wortlaut der formula aus der stipulatio operis dagegen sei:

> quod A^s A^s a N° N° opus stipulatus est, q. d. r. a., quidquid ob eam rem N^m N^m A° A° dare facere oportet, id, judex N^m N^m A° A° condemna s. n. p. a.,

also eine condictio incerti. Das „quanti ea res est" begreife die ganze aestimatio der geschuldeten Servitut, das „quidquid ob eam rem dare facere oportet" dagegen bezeichne nur den Anteil des einzelnen Schuldners an der Leistung des Interesses.

Diese Ansicht scheint mir nicht haltbar zu sein. Vollkommen zutreffend ist m. E., was Ubbelohde[3]) darüber sagt. Er findet es sehr bedenklich, einen so erheblichen Gegensatz in der Behandlung völlig ähnlicher Rechtsverhältnisse, für den zugegebenermaßen ein innerer Grund schwerlich vorhanden ist, lediglich aus der Formelfassung zu erklären. „Es läge darin wahrlich ein nicht geringer Vorwurf für die vielfach bewunderte Feinheit, mit welcher die römischen Juristen die Klagformeln aufzustellen und zu handhaben wußten. Die Formeln für Verhältnisse des jus civile sollen zur Verwirklichung des materiellen Rechts dienen; ihre Fassung bestimmt sich also nach diesem materiellen Rechte, nicht aber umgekehrt das materielle Recht nach jener Formelfassung." Diese Widerlegung der Ribbentropschen Erklärung durch Ubbelohde, deren Richtigkeit ohne weiteres einleuchtet, ja, die eigentlich selbstverständlich erscheint, hat den Erfolg gehabt, daß Brinz und Arndts, welche sich Ribbentrop[4]) anfänglich angeschlossen hatten,[5]) später ihre Meinung änderten.

Die Art und Weise, wie Ribbentrop seine Ansicht begründet hat, ähnelt dem Ausspruche, den man scherzhafterweise zuweilen hören kann: Die Beamten seien nicht des Volkes wegen da, sondern das Volk der Beamten wegen.

ββ) § 18.

Aber auch die Erklärung, welche Ubbelohde an die Stelle der von ihm verworfenen Ribbentropschen setzt, und in welcher auch er

---

[1]) S. 233 ff., auch S. 140.
[2]) vgl. l. 19 D. de serv. praed. rust.
[3]) S. 80.
[4]) Brinz, Kr. Bl. Nr. 4 S. 52; Arndts, P. bis zur 5. Aufl.
[5]) Brinz, Pand. Bd. 2 § 233 Anm. 20; Arndts 5. und folgende Aufl.

nach der Art der Obligationen unterscheidet, scheint uns nicht annehmbar zu sein, und hat auch in der Literatur viele Gegner gefunden.

Ubbelohde[1]) unterscheidet zwischen obligationes faciendi und non faciendi, und nimmt für die ersteren Fortbestehen der Solidarhaftung an,[2]) für die letzteren dagegen läßt er eine Teilung der Interesseverbindlichkeit eintreten.[3])

Er geht hierbei von der zweifellos richtigen Erwägung aus, daß, wenn jemand sich verpflichtet hat, eine bestimmte Handlung zu unterlassen, er nicht eher aus dieser Obligation belangt werden kann, als bis er sie durch Vornahme der verbotenen Handlung verletzt hat, daß der Klageanspruch hier „demnach auf das in Geld zu veranschlagende Interesse an der versprochenen Unterlassung gerichtet sei". Diese letztere Folgerung ist aber unrichtig. Denn es ist gar nicht abzusehen, warum bei der Umwandlung einer Obligation auf ein non facere in die Interesseverpflichtung etwas anderes gelten soll, als bei der Umwandlung einer Obligation auf ein facere in das Interesse,[4]) „wo ja auch die Klage gewissermaßen durch das non facere begründet wird!" (Binder S. 90).

Ubbelohde macht ferner geltend,[5]) daß es bei den Obligationen auf ein unteilbares Tun heißt:

„singuli in solidum tenentur"

wie in l. 25 § 10 D. 10, 2:

„singuli in solidum tenentur"

und in l. 2 § 2 D. 45, 1:

„quo casu unus solidum praestiterit";

ferner: l. 85 § 2 D. 45, 1:

„singuli in solidum tenentur",

während die Quellen bei den Obligationen auf ein unteilbares Nichttun nur sagen: omnes tenentur (womit durchaus noch nicht solidarische Haftung eines jeden, also auf das Ganze, gemeint zu sein brauche). Dies ist zuzugeben. Aber ganz abgesehen davon, daß diese Verschiedenheit im Ausdruck ein Zufall sein kann, und die zweite Fassung die Solidarhaft durchaus nicht etwa ausschließt, wird in l. 2 § 5 D. 45, 1 und in l. 25 § 12 D. 10, 2 der Fall der Verpflichtung zu einem Nichtun dem der Verpflichtung zu einem Tun ganz gleichgestellt („item", „quoque"), und außerdem heißt es in der l. 25 § 12 cit. ausdrücklich: in solidum committitur obligatio.[6]) Dadurch fällt auch dieses Argument.

Aus dem Gesagten dürfte hervorgehen, daß bei der Entscheidung unserer Frage kein innerer Grund vorliegt, die obligationes non faciendi

---

[1]) Ebenso Holzschuher S. 3, 10ff.; Scheurl S. 95ff.
[2]) S. 75—95, 251—256.
[3]) S. 105ff., 256 und 257.
[4]) So Windscheid § 299 Note 7e S. 211.
[5]) S. 105 Anm. 1a.
[6]) So Windscheid § 299 Anm. 7e.; gegen Ubbelohde auch Ryck S. 113.

anders zu behandeln als die obligationes faciendi,[1]) daß mithin die bisher geschilderten Erklärungen nicht hinreichend sind.

Zu erwähnen ist übrigens noch, daß Ubbelohde bei obligationes in non faciendo sogar da Teilung der Obligation annimmt, wo es infolge Verschuldens eines Mitschuldners zur Interesseleistung gekommen ist.[2]) Daß diese Annahme nicht richtig ist, dürfte nach dem oben (S. 21 ff.) Gesagten nicht zweifelhaft sein.

β) Pro rata-Haftung in allen Fällen.

§ 19.

Wie gezeigt, ist die Unterscheidung nach der Art der Obligationen keinesfalls aus den Quellen zu rechtfertigen. Es bleiben also nur noch zwei Möglichkeiten: Man muß sich entweder für das Eintreten der pro rata-Haftung oder für das Fortbestehen der Solidarhaftung in allen Fällen entscheiden.

Als herrschende gemeinrechtliche Meinung gilt, daß nach Wegfall der Naturalleistung die pro rata-Haftung eintrete. Hauptvertreter dieser Ansicht sind Dernburg (S. 721), Hasenöhrl (S. 194), Baron (S. 213), Rümelin (S. 237), Scheurl (S. 98).

Dies Hauptbestreben aller dieser Schriftsteller muß natürlich darauf gerichtet sein, die Bedeutung der lex 25 D. fam. erc. 10, 2, welche das Fortbestehen der Solidarhaftung doch ganz klar ausspricht, abzuschwächen; sie als Ausnahme hinzustellen, als Regel und Prinzip dagegen die in der zweiten Hälfte der lex 72 ausgesprochene Ansicht des Tubero.

Daß dieses aber nicht in genügender Weise gelungen ist, soll in folgendem gezeigt werden.

Dernburg[3]) versucht eine historische Vereinigung beider Stellen: „Die römischen Juristen gingen ursprünglich (!) davon aus, daß jeder der Schuldner, der das Ganze schulde, auch zur vollen Geldaestimation im Falle der Nichterfüllung der Obligation angehalten werden konnte. Gegen die sich hieraus ergebenden Härten (NB. daß diese Härten durchaus nicht so bedeutend waren, werden wir noch sehen) suchte Paulus durch Kautionen zu schützen (l. 25 § 10 D. 10, 2) und gab außerdem dem Miterben, welcher die volle Litisaestimation entrichtet hatte, einen Regreß (mit der actio familiae erciscundae) gegen die durch seine Zahlung befreiten Miterben (l. 2 § 2 D. de V.O. 45, 1). Dieser Regreß gegen die vielleicht längst verzogenen oder insolvent gewordenen Miterben konnte aber nicht ausreichen. Es machte sich daher (!) eine andere Ansicht geltend, welche sich für Teilung der Litisaestimation entschied (l. 72 pr. D. de V.O. 45, 1), nämlich die des Tubero!"

Nun muß man aber bedenken, daß Tubero, wie schon oben erwähnt, ein Jurist aus der republikanischen Zeit war (er lebte im

[1]) Übereinstimmend: Ryck S. 112; Gradenwitz S. 28 § 7; Meyer S. 42.
[2]) vgl. Meyer S. 41.
[3]) s. Gradenwitz S. 72.

letzten Jahrhundert der Republik), während Paulus, dessen Ansicht nach Dernburg durch die Meinung des Tubero überholt und verdrängt worden ist, noch im dritten Jahrhundert nach Chr., unter Caracalla, lebte! —

Dernburg gibt ferner der lex 72 darum den Vorzug, weil sie „ein billigeres Resultat gibt". Doch ist dies kein hinreichender Grund. Jeder Gesetzgeber, der unsere Frage entscheiden will, steht vor der Alternative, entweder das gläubigerische oder das schuldnerische Interesse formell (denn durch die Regelung der Regreßverhältnisse kann auch bei Annahme der Solidarhaftung nachträglich immer eine Ausgleichung unter den Schuldnern erzielt werden) stärker zu berücksichtigen; tertium non datur!

Als Beispiel für die große, aus der Solidarhaftung sich ergebende Härte führt Dernburg an: „Man denke, ein Miterbe zu einem geringen Erbschaftsanteile wird, nachdem die Erbschaft längst geteilt ist, allein zur vollen Litisaestimation eines großen, vom Erblasser übernommenen Baues angehalten.

Dies scheint allerdings hart; aber wer hat denn den Erben (vorausgesetzt, daß er heres voluntarius war, genötigt), die Erbschaft anzutreten?[1]) Und selbst wenn er angetreten hat, so bleibt ihm doch noch das beneficium inventarii! — der suus hatte das beneficium abstinendi; der libertus, als necessarius heres, konnte sich das beneficium separationis vom Prätor erbitten und dadurch seine Haftung auf den Nachlaß beschränken!

Einen weiteren Grund für die Annahme der Teilhaftung findet Dernburg darin, daß die lex 72 die Frage direkt entscheidet, während die übrigen Stellen „wohl Totalverurteilung des beklagten Miterben in die Litisaestimation voraussetzen, aber keineswegs direkt feststellen. Auf diesen Einwand wird später zurückzukommen sein. — Die lex 25 soll sich nach ihm auf einen Fall beziehen, in welchem ein einzelner Miterbe, um die Klage gegen seine Miterben abzuschneiden, freiwillig die ganze Litisaestimation gezahlt hat! Diese Annahme ist m. E. willkürlich und aus der Stelle geht eher das Gegenteil hervor:[2]) „si quis ex his conventus est" heißt: „wenn einer der Miterben gerichtlich belangt worden ist", und der Ausdruck „litis aestimatio" besagt, daß es eben zum Prozeß gekommen ist. Man könnte allenfalls als möglich annehmen, daß der Schuldner in der lex 25 nur für die auf ihn entfallende Quote der Litisaestimation vom Gläubiger gerichtlich belangt worden ist, und die auf seine Mitschuldner entfallenden Quoten freiwillig gezahlt hat. Aber daß dies letztere ein Schuldner tut, ist doch sehr unwahrscheinlich und fernliegend!

Hasenröhrl[3]) schließt sich der — von uns abgelehnten — Ribbentropschen Ansicht an, daß sich das Fortbestehen der Solidar-

---

[1]) Ebenso Meyer S. 47; Gradenwitz S. 33.
[2]) So auch Gradewitz S. 29.
[3]) S. 195.

haft bei der Obligation auf Einräumung einer via lediglich aus der strengen Fassung der Formel erkäre; weil dieser Grund für den heutigen Prozeß aber nicht mehr maßgebend sei, so falle diese römische Ausnahme heute ganz fort; es gelte also heute ausnahmslos das in der zweiten Hälfte der lex 72 ausgesprochene Prinzip des Eintretens der Teilhaftung für das Interesse.

Rümelin[1]) ist ebenfalls der Meinung, man solle davon absehen, die lex 25 in der Lehre von den unteilbaren Obligationen als die maßgebende und in erster Linie entscheidende voranzustellen; er sieht in der lex 25 eine Ausnahme, die nicht über den Fall der Bestellung einer Prädialservitut hinaus ausgedehnt werden dürfe und die sich nur aus dem Charakter des jus strictum erkläre; der Billigkeit entspreche die Entscheidung doch offenbar nicht.

Daß diese letztere Behauptung ein einseitiger Standpunkt ist, glauben wir schon oben (S. 27, 35) gezeigt zu haben. Da Rümelin aber von der — m. E. unrichtigen — Voraussetzung ausgeht, jeder Mitschuldner sei nur zur Mitwirkung bei der unteilbaren Naturalerfüllung verpflichtet (cf. oben S. 17), so muß er folgerecht auch zu der Annahme kommen, daß die Verurteilung des einzelnen in die ganze Interesseleistung eine Unbilligkeit wäre.

Scheurl[2]) erkennt zwar an, daß uns in der lex 72 keine Rechtsvorschrift überliefert sei, welche die pro parte-Haftung nach erfolgter Umwandlung des Leistungsinhalts klar ausspricht; aber aus inneren Gründen seien wir berechtigt, dies als geltendes Recht anzunehmen. Dafür spräche namentlich die römisch-rechtliche Behandlung des Forderungsrechts des Patrons auf die Leistung durch Eid oder Stipulation versprochener operae libertorum, das ausdrücklich für ein bei einer Mehrheit von Forderungsberechtigten teilbares Forderungsrecht erklärt wird, wenn die versprochene opera nicht rechtzeitig geleistet worden ist (cf. l. 8 D. de operis libert. 38, 1). M. E. handelt es sich an dieser Stelle wahrscheinlich um fungible — also teilbare — operae (vgl. oben S. 8), welche der libertus versprochen hatte. Aber selbst wenn man dies nicht annimmt, so ist gleichwohl aus der von Scheurl zitierten Stelle kein Argument für das Eintreten der pro parte-Haftung zu gewinnen, denn die lex 8 spricht eben nur von einer Mehrheit von Forderungsberechtigten (für welche ja die Teilhaftung allgemein anerkannt ist. cf. oben S. 30), und läßt die Frage, mit der wir uns hier ausschließlich beschäftigen, wie es bei einer Mehrheit von Verpflichteten zu halten sei, vollkommen unberührt und unbeantwortet.

Gleichfalls für die pro rata Haftung ist Baron,[3]) mit einer Begründung, die von einem anderen Vertreter dieser Haftungsart, Rümelin,[1])

---

[1]) S. 237.
[2]) S. 98.
[3]) S. 217 ff.
[1]) S. 237.

selbst für unhaltbar erklärt wird. Baron nimmt an, daß der Erblasser im Falle der lex 25 Eigentümer des fundus serviturus war. Daß seine Erben das judicium familiae erciscundae angestellt haben und daß sie infolgedessen zur Leistung, nämlich der gemeinsamen Servitutbestellung, außerstande sind (z. B. weil der fundus infolge der Erbteilung an einen Dritten veräußert oder einem der Miterben ganz übereignet worden ist). Darin, daß die Erben die Auseinandersetzung vorgenommen haben, ohne vorher die Servitut zu bestellen, liege ein Verschulden, und darum bleibe (nach den oben S. 23 ff. geschilderten Grundsätzen) hier die Solidarhaftung auch für das Interesse bestehen.

M. E. ist es nicht angängig, diesen speziellen Fall anzunehmen und außerdem noch das Schuldmoment in die lex 25 hineinzuinterpretieren; aus dem Wortlaut der lex ist nicht zu entnehmen, daß es sich hier um eine culpa der condebitores handelt, und Paulus würde doch, wenn hierauf seine Entscheidung beruht hätte, diesen allein entscheidenden Umstand sicherlich auch erwähnt haben![1])

Es sind noch einige andere Quellenstellen zu erwähnen, welche die Vertreter der Teilkondemnation zu deren Begründung, wenn auch nur nebenbei, noch mit herangezogen haben. So schließt Dernburg aus der l. 11 § 3, l. 6 § 1 D. de aqua et aqu. pluv. arc. 39, 3, daß die Tendenz des römischen Rechtes auf Teilung der Litisaestimation ging. Der Wortlaut der letzteren Stelle ist folgender:

> „si ex plurium fundo decurrens aqua noceat vel si plurium fundo noceatur, placuit eoque jure utimur, ut sive plurium fundus sit, singuli in partem experiantur et condemnatio in partem fiat sive cum pluribus agatur, singuli in partem conveniantur et in partem fiat condemnatio."

Zweifellos wird hier condemnatio in partem ausgesprochen.

Folgende Versuche haben die Vertreter der Solidarhaftung gemacht, um diese Stelle mit dem von ihnen angenommenen Prinzip in Einklang zu bringen:

1. Brinkmann[2]) und ebenso Gradenwitz[3]) glauben hier aus den Worten „singuli in partem experiuntur et conveniuntur" schließen zu können, daß die Klage von vornherein gegen jeden einzelnen Miteigentümer des fundus nur in partem ging und der einzelne überhaupt gar nicht in solidum belangt werden konnte. Doch ist dieser Schluß wohl zu weitgehend.[4])

2. Die Erklärung Ubbelohdes,[5]) daß nicht die operis restitutio Inhalt der Verpflichtung (in obligatione) sei, sondern von vornherein die natürlich teilbare, Interesseleistung, ist unhaltbar und widerspricht zudem den von ihm selbst aufgestellten Grundsätzen (vgl. oben S. 31).

---

[1]) Ebenso: Gradenwitz S. 29; Mohr S. 43.
[2]) S. 104 Anm. 2.
[3]) S. 32.
[4]) s. Burkhardt S. 499 in Glücks Kommentar.
[5]) S. 201.

3. Nach Ryck[1]) beruht die pro parte-Kondemnation hier auf einer besonderen Behandlung der a° aquae pluviae arcendae, wobei die a° damni infecti als Vorbild gedient hat. Aus dem in der l. 11 § 3 cit. mitgeteilten Bedenken Julians („dubitare se Julianus ait . . .") gehe hervor, daß an sich auch Verurteilung auf das Ganze hätte Platz greifen können, und gerade dies der Regel entsprochen hätte.

4. Von demselben Gedanken ausgehend, hat neuerdings Binder m. E. völlig überzeugend nachgewiesen[2]) (es würde zu weit führen, seine Gründe hier im einzelnen auseinanderzusetzen), daß die Teilung der condemnatio hier nur auf dem officium judicis beruhte, in thesi die Haftung der einzelnen Miteigentümer jedoch tatsächlich solidarisch war.

Die actio aquae pluviae arcendae ist somit nicht geeignet, um aus ihr Schlüsse auf die nur proratarische condemnatio bei anderen unteilbaren Obligationen zu ziehen.[3])

Die ferner angeführte l. 85 § 3 D. 45, 1 und l. 4 § 1 D. eod. beziehen sich auf den Fall einer, natürlich teilbaren Poenalstipulation (vgl. oben S. 10) beweisen also nichts.

Die lex 49 § 4 D. de leg. II handelt nur von dem Verhältnisse der Erben untereinander,

auch die l. 9 D. dep. 16, 3 beweist nichts, denn hier wird ex facto defuncti gegen den Erben geklagt; die Pflicht zur Naturalerfüllung hatte sich also schon zu Lebzeiten des Erblassers in die teilbare Schadensersatzverpflichtung umgewandelt und ging als solche selbstverständlich auch geteilt auf die mehreren Erben über (vgl. oben S. 20).

Ähnlich verhält es sich mit der lex 7 § 1 eod.; hier wird ebenfalls aus dolus des Erblassers gehaftet.

γ) Solidarhaftung in allen Fällen.

§ 20.

In vorstehendem haben wir gesehen, daß es den Vertretern der pro parte-Haftung durchaus nicht gelungen ist, aus den Quellen genügende Beweise hierfür zu erbringen, und daß auch der allgemeine Grund, diese Haftungsart entspreche mehr der Billigkeit, ein einseitiger Standpunkt ist und nicht genügen kann (vgl. oben S. 27, 35).

Es ist jetzt noch zu untersuchen, ob sich die letzte vorhandene Möglichkeit, nämlich das Fortbestehen der Solidarhaftung jedes einzelnen Mitschuldners auch nach eingetretener Schadensersatzverpflichtung, aus den Quellen rechtfertigen läßt.

Der erste, welcher für das Fortbestehen der Solidarhaft energisch eintrat, war Savigny.[4]) Seine Gründe sind m. E. noch heute völlig

---

[1]) S. 112.

[2]) S. 79 ff.; vgl. besonders S. 86, 87.

[3]) Im Ergebnis gleich: Ryck S. 112.

[4]) Im Anschluß an Merenda, controvers. lib. 8 C. 28 (s. bei Savigny). Savigny schließen sich an: Holzschuher III S. 14; Kuntze S. 234; Ryck S. 111; Meyer S. 51; Mohr S. 30.

stichhaltig, und den Bemühungen der Gegner ist es keineswegs gelungen, sie überzeugend zu widerlegen. Savigny[1]) geht von folgenden Erwägungen aus:

1. Es ist unbestritten, daß Paulus in der l. 25 fam. erc. 10, 2 bei der Obligation auf Verschaffung einer Prädialservitut das Fortbestehen der Solidarhaftung auch nach eingetretener Schadensersatzverpflichtung ausspricht.

In der l. 72 D. de V.O. 45, 1 stellt Ulpian die Obligationen auf ein facere der Obligation auf Verschaffung einer via völlig gleich („idem puto"), folglich gilt für sie dasselbe wie für das Versprechen einer Prädialservitut, d. h. auch bei ihnen ist jeder Schuldner zur Leistung auch des ganzen Interesses verpflichtet (wie er vorher zur ganzen Naturalerfüllung verpflichtet war); denn ein begrifflicher Unterschied zwischen der unteilbaren Obligation auf das dare einer Servitut und anderen unteilbaren Obligationen existiert nicht. Warum soll also für sie nicht in allen Beziehungen das gleiche gelten? Ubbelohde[2]) meint allerdings, das „idem puto", mit dem Ulpian von den stipulationes viae usw. auf die stipulationes faciendi übergeht, „sei am richtigsten auf die Naturalerfüllung zu beschränken"; doch liegt m. E. zu dieser Beschränkung durchaus kein genügender Grund vor, denn Ulpian spricht die Gleichstellung beider Stipulationsarten in bezug auf die Unteilbarkeit ohne jeden Vorbehalt und ohne jede Modifikation aus.

2. Wie erklärt sich nun aber der zweite Teil der lex 72, in welchem doch offenbar Teilung der litis aestimatio ausgesprochen wird?

Sehen wir uns diese Stelle genauer an. Der besseren Übersicht wegen sei der Wortlaut noch einmal angegeben.

Nachdem Ulpian in der ersten Hälfte der lex seine Meinung über die stipulationes viae und faciendi vollkommen scharf ausgesprochen hat, fährt er fort:

> „Celsus tamen libro trigensimo octavo Digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem secundum quem Celsus ait posse dici, justa aestimatione facti dandam esse petitionem."

Es sei jetzt zunächst die Savignysche Übersetzung der Stelle angeführt; sie gibt m. E. deren Sinn so überaus klar und treffend wieder, daß jede versuchte Änderung nur eine Verschlechterung bedeuten würde:

> „es muß jedoch bemerkt werden, daß, nach der Erzählung des Celsus, Tubero einmal eine ganz andere Meinung aufgestellt hatte. Nach ihm soll die Obligation zu einem opus („ubi quid fieri stipulemur"), wenn dieses nicht geleistet wird, sogleich in eine Geldschuld verwandelt sein („pecuniam dari

[1]) S. 357 ff.
[2]) S. 85.

oportere") und also, wie jede Geldschuld, teilbar werden. Celsus fügt hinzu, nach dieser Meinung des Tubero müsse die Klage selbst gerichtet werden auf den in Geld abgeschätzten Wert des opus."

Die zitierte Quellenstelle hat zu folgenden Zweifeln Anlaß gegeben:

1. Ist Celsus der Ansicht des Tubero?
2. Ist Ulpian derselben Meinung wie Celsus?
3. Will Ulpian durch die Anführung der Stelle aus dem Werke des Celsus seine eigene, eben vorher ausgesprochene Ansicht modifizieren?
4. Oder liegt hier nur eine historische Notiz vor, welche feststellt, daß früher einmal ein Jurist (nämlich Tubero) eine andere Meinung als die vorher ausgesprochene vertreten habe?

Wie Savigny diese Fragen beantwortet, geht aus seiner oben angeführten Übersetzung schon deutlich hervor: er bejaht die zweite und vierte, verneint die erste und dritte Frage. Hiernach ist der letzte Teil der lex 72 eine Bemerkung, die schon zu der Zeit, als sie von den Kompilatoren in das justinianische Gesetzeswerk aufgenommen wurde, nur noch ein rechtsgeschichtliches Interesse bot, und also keine Gesetzesvorschrift darstellen sollte. Nimmt man dies an, so fällt damit die einzige Quellenstelle, aus welcher das Eintreten der Teilhaftung geschlossen werden konnte. Die lex 25 statuiert also das Prinzip, das Fortbestehen der Solidarhaft!

Man könnte einwenden: Wenn die zweite Hälfte der lex 72 lediglich eine historische Notiz ist, warum ist sie dann überhaupt in das Gesetzeswerk aufgenommen worden? In ein Gesetzbuch, welches doch lediglich die praktische Regelung aller Rechtsverhältnisse enthalten soll, gehören nur positive Rechtsvorschriften, keine Bemerkungen von lediglich geschichtlichem Wert!

Gewiß wäre dieser Einwand nicht ganz von der Hand zu weisen. Aber bei einem so außerordentlich umfangreichen und dabei in so staunenswert kurzer Zeit entstandenen Gesetzeswerke ist es durchaus nicht weiter verwunderlich, wenn die mit der Exzerpirung der Juristenschriften betraute Kommission diesen Satz bei der Aufnahme unserer, dem Ediktskommentar des Ulpian entlehnten Stelle in den Gesetzestext einmal nicht beobachtet hat. Man muß hier m. E. besonders den Umstand in Betracht ziehen, daß die justinianische Zeit die in unseren Tagen übliche, formale, abstrakte Gesetzessprache, in welcher kein überflüssiger Satz, ja kein überflüssiges Wort enthalten ist oder wenigstens enthalten sein soll, nicht kannte; daß sie schon darum ausgeschlossen war, weil nur wissenschaftliche Schriften den Gesetzestext bildeten, die ursprünglich natürlich gar nicht dazu bestimmt waren, diesem Zwecke zu dienen, und daher eine behagliche Breite in der Darstellung nicht scheuen, die gerade in Ulpians Schriften besonders zu tage tritt. Nur so ist es möglich gewesen, daß eine wissenschaftliche Kontroverse als solche den Text eines Gesetzes bildet, wie das ja bei unserer Stelle, formell betrachtet, der Fall ist. Denn an sich ist dies geradezu ein Unding! Das Gesetz soll uns belehren, es

soll eine praktische Entscheidung geben, aber uns keine Probleme zu lösen aufgeben, keinen Streit vor Augen führen, der über diesen oder jenen Punkt in der Wissenschaft herrscht. Von diesem Standpunkte gehen sämtliche modernen Gesetzgebungen aus. Sie entscheiden sich bei einer bisher vorhanden gewesenen Streitfrage in dem einen oder anderen Sinne, und auf diese Weise hat ja z. B. das Bürgerliche Gesetzbuch zahllose gemeinrechtliche Streitigkeiten auf die einfachste Weise aus der Welt geschafft.

Doch zurück zur Erklärung Savignys! Sie ist nicht unwidersprochen geblieben, wie denn überhaupt bei unserer Frage überall Meinung gegen Meinung steht.

Windscheid[1]) findet sie „überaus mißlich", ohne aber irgendwelche Gegengründe anzuführen. Vor allem aber ist es Ubbelohde, welcher sich, mit Gründen, teilweise gegen sie wendet. Doch sind seine Ausführungen m. E. durchaus nicht überzeugend. Ubbelohde[2]) argumentiert folgendermaßen:

Celsus ist der Ansicht des Tubero. Denn er referiert sie nicht bloß, sondern er zieht aus ihr expressis verbis eine Folgerung, ohne die Absicht zu haben, mit dieser Folgerung den Tubero ad absurdum zu führen. Hätte Celsus das letztere gewollt, so würde er auch die Worte dafür gefunden haben. Denn Celsus war doch sonst wegen seiner scharfen Sprache, seiner Grobheit und seines ironischen Witzes gefürchtet. — Außerdem zitiert Ubbelohde noch einige Quellenstellen, aus denen hervorgeht, daß Celsus den Tubero öfters anerkennend erwähnt; es sei also sehr unwahrscheinlich, daß er ihn hier so verächtlich behandle, indem er ihn nicht einmal einer Widerlegung würdige.

Mir erscheinen alle diese Gründe nicht zwingend. M. E. führt Celsus die Folgerung aus der Ansicht des Tubero allerdings an, um damit schon die völlige Unhaltbarkeit von Tuberos Ausführungen darzutun, so daß eine weitere ausdrückliche Widerlegung ganz überflüssig erscheint; die angeführte Folgerung soll für sich selbst sprechen, um die Verkehrtheit der Prämisse zu beweisen!

Wenn Celsus im übrigen große Stücke auf den alten Tubero hält, so spricht das durchaus nicht gegen unsere Ansicht. Es kommt auch heute noch häufig genug vor, daß auch ein großer Gelehrter einmal eine Ansicht vertritt, die sich, sogleich oder später, als irrig erweist und dann auch von seinen Freunden bekämpft wird! Denn Voraussetzung und Zweck aller Wissenschaft ist vorurteilslose Erforschung der Wahrheit, und vor diesem einen Ziele müssen alle anderen Rücksichten zurücktreten. Sonst käme man ja zu einem gedankenlosen „in verba magistri jurare!"

Man könnte einwenden: Ist denn die Folgerung, welche Celsus aus der Ansicht des Tubero zieht, überhaupt so auffällig? Allerdings

[1]) § 299 Anm. 7.
[2]) S. 88.

ist sie das. Denn es würde dadurch dem Gläubiger zugemutet werden,[1]) vor der Anstellung der Klage erst eine Abschätzung vornehmen zu lassen und, anstatt mit der actio ex stipulatu auf das incertum, mit der condictio certi auf einen Teil der Schätzungssumme zu klagen. Dies würde aber eine den herkömmlichen Anschauungen völlig widersprechende Singularität sein!

Wie ist Tubero nun aber zu seiner „falschen" Auffassung gekommen?

Hierfür gibt es eine überaus einfache Erklärung. Wir brauchen nämlich gar nicht einmal mit Notwendigkeit anzunehmen, daß diese Auffassung zu Tuberos Zeit verkehrt war! Sie war vielmehr zu seiner Zeit wahrscheinlich gerechtfertigt und läßt sich damit erklären, daß die obligationes faciendi (von denen Tubero in der lex 72 nur spricht), erst allmählich[2]) im republikanischen Rechte zur Anerkennung gelangt sind und es damals noch nicht zur unbestrittenen Gleichstellung mit den obligationes dandi gebracht hatten. „Für die klassische Zeit aber, wo diese Gleichstellung sich längst vollzogen hatte, war Tuberos Ansicht daher ein überwundener Standpunkt" (Ryck S. 111). M. E. geht auch schon aus dem bloßen Wortlaut der zweiten Hälfte der lex 72 die Unhaltbarkeit der Meinung Ubbelohdes hervor. Das „secundum quem Celsus ait posse dici . . ." kann zweierlei bedeuten: 1. „Celsus sagt, indem er sich der Meinung Tuberos anschließt, man könne die Behauptung aufstellen . . ." oder aber, und dies ist m. E. unzweifelhaft der Sinn der Stelle: 2. „folgt man der Ansicht des Tubero, so kommt man — sagt Celsus — zu dem Schlusse, daß" usw.

Ferner, wenn Celsus der Ansicht des Tubero wirklich ist, warum dann das umständliche und zögernde „posse dici", „mann könne sagen"?

Warum heißt es dann nicht einfach und bestimmt, wie es doch das Naheliegendste wäre: „secundum quem Celsus dicit justa aestimatione facti dandam esse petitionem", ihm sich anschließend sagt Celsus, „die Klage müsse gerichtet werden" usw.

Dafür, daß Celsus nicht der Meinung des Tubero ist, spricht ferner noch folgendes:

1. Schon das von Ulpian gebrauchte „Celsus refert" und die Art und Weise, in welcher Ulpian diese Worte an seine eigenen Ausführungen unvermittelt anknüpft, weisen m. E. deutlich darauf hin, daß Celsus die Meinung des Tubero lediglich objektiv berichten will, als etwas rein Historisches, nur noch der Vergangenheit Angehöriges und für die Gegenwart auf jeden Fall nicht mehr in Betracht Kommendes.

2. Ganz außer allen Zweifel stellt dies m. E. die gewählte Perfektform: „existimasse, Tubero habe geglaubt".

---

[1]) Nach Ryck S. 111; wie Ryck auch Meyer S. 51, 52.

[2]) So Ryck S. 111 im Anschluß an Ribbentrop S. 221 Note 2 und Jhering, Geist des R.R. II, 2 § 36.

Denn es ist allgemein üblich, daß man in der Wissenschaft Anschauungen früherer Schriftsteller, die noch heute gelten sollen und die man selbst teilt, im Präsens wiedergibt, wenn man sie referiert, auch wenn die Urheber dieser Anschauungen schon längst verstorben sind (Plato, Cicero, Luther, Goethe, Savigny „sagt...", nicht „hat gesagt..."). Diesen Brauch beobachtet die lateinische Sprache mit ihrem feinen Gefühl für die verschiedenen tempora ebenso genau oder vielleicht noch genauer als die deutsche!

Nachdem wir so festgestellt zu haben glauben, daß die Ansicht des Tubero vielleicht in den Rechtsanschauungen seiner Zeit begründet war[1]) (weshalb wir auch den Ausdruck Savignys, der sie als „literarische Kuriosität" bezeichnet, nicht billigen möchten), daß jedenfalls aber der Grund für sie später weggefallen ist und Celsus sicher schon die entgegengesetzte Auffassung vertritt, sind die übrigen Fragen, zu welchen die lex 72 noch Anlaß gibt, leicht beantwortet:

1. Ulpian befindet sich in völliger Übereinstimmung mit Celsus (denn sonst hätte er ihn sicherlich einer Widerlegung für wert erachtet);

2. Ulpian ist also nicht der Ansicht des Tubero, will also nicht seine eigene, im ersten Teil der lex 72 ausgesprochene Ansicht zurücknehmen und an deren Stelle die im zweiten Teil erwähnte Meinung des Tubero akzeptieren.

Es ist m. E. unbegreiflich, wie Ubbelohde dies gleichwohl hat annehmen können. Er hat offenbar das „tamen" übersehen, welches jeden Zweifel vollkommen ausschließt und ganz sicher beweist, daß Ulpian sicher nicht der Meinung des alten Juristen beitreten will, während diese Annahme in bezug auf Celsus wenigstens einen Schein von Berechtigung haben konnte.

In den vorstehenden Ausführungen dürfte bewiesen worden sein, daß der zweite Teil der lex 72 lediglich eine historische Notiz, nicht eine von Justinian für die Zukunft mit Gesetzeskraft versehene lex ist. Ulpian und Celsus sind sich in der lex 72 einig über das Fortbestehen der Solidarhaftung. Die lex 25 fam. erc. 10, 2 spricht sie ebenfalls klar aus. Andere widersprechende Quellenstellen liegen nicht mehr vor. Wir kommen deshalb zu dem Ergebnis, daß nach Gemeinem Recht bei allen unteilbaren Obligationen auch in dem Falle der vertretbaren, unverschuldeten Unmöglichkeit der Naturalerfüllung auch für die Interesseleistung die Solidarhaftung jedes einzelnen Mitschuldners fortbestehen bleibt, an dem Umfang seiner Verpflichtung somit nichts geändert wird.

Zu erwähnen ist noch der Grund, aus dem Ubbelohde, der, wie wir gesehen, Savignys Auffassung ablehnt, gleichwohl auch seinerseits zur Solidarhaftung der Schuldner für das Interesse kommt. Ihm haben sich Windscheid[2]) und Arndts[3]) angeschlossen. Er sucht zu beweisen,

[1]) cf. oben S. 42.
[2]) § 299 Anm. 7.
[3]) § 216 seit der 7. Aufl.

daß Tubero in der lex 72 den — eingestandenermaßen sehr seltenen — Fall voraussetzt, wo „aus besonderen Gründen abweichend von der regelmäßigen Formelfassung" die stipulierte Leistung vor der Erteilung der Klage zum Zwecke der Teilung der Kondemnation in Geld geschätzt worden sei; dies sei immer dann geschehen, wenn sie durch Verschulden des Erblassers unmöglich geworden sei (vgl. oben S. 20).

Diese Auffassung ist aber entschieden abzulehnen. Die von Tubero vertretene Ansicht ist durchaus allgemein gehalten und ergibt m. E. nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, daß er diesen speziellen Fall im Auge gehabt hat.

II. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 21.

Es ist jetzt zu untersuchen, wie sich das Bürgerliche Gesetzbuch zu der Frage verhält, die wir soeben für das gemeine Recht beantwortet haben, ob nämlich in der Verpflichtung der einzelnen Schuldner einer unteilbaren Leistung dadurch, daß diese sich in die Schadensersatzsumme umwandelt, eine Veränderung eintritt.

I. Für die Naturalleistung bestimmt auch das Bürgerliche Gesetzbuch, in Übereinstimmung mit den oben (S. 16 ff.) geschilderten gemeinrechtlichen Grundsätzen, im Verhältnis zum Gläubiger Solidarhaftung jedes einzelnen Schuldners:

> § 431: „Schulden mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner."

D. h. nach der im § 421 gegebenen Definition des Begriffes „Gesamtschuldner": Jeder Schuldner ist die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet; der Gläubiger ist die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt, kann dieselbe aber nach seinem Belieben von jedem der Schuldner fordern. (N.B. Das Verhältnis der Gesamtschuldner untereinander ist im § 426 geregelt; es ist für die Beantwortung unserer Frage gänzlich irrelevant.)

II. a) Wir betrachten jetzt den Fall, wo die Verpflichtung zur Naturalerfüllung sich bei einem der Schuldner in die Schadensersatzverpflichtung umgewandelt hat, bei den anderen aber Naturalerfüllung noch möglich ist. Dies liegt z. B. dann vor, wenn bei ihm von vornherein subjektives Unvermögen zur Leistung vorhanden war. Hier haftet er für Schadensersatz wegen Nichterfüllung (vgl. §§ 280, 325, 425 Abs. 2), die anderen Schuldner haften weiter für Naturalerfüllung; denn Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners wirkt nur für und gegen denjenigen, in dessen Person sie eintritt (vgl. § 425), wirkt also nur in personam. Es ist ja gerade der Zweck der Gesamthaftung, die Gefahr, daß der Gläubiger durch Leistungsunvermögen des Schuldners die Naturalleistung nicht erhält,

möglichst zu verringern; „was der eine Schuldner nicht leisten kann, ist vielleicht beim anderen zu holen“ (Binder S. 580).

b) Liegt das Unvermögen zur Naturalleistung bei mehreren der Mitschuldner vor, so gelten natürlich die gleichen Grundsätze: Die Betreffenden haften solidarisch auf Schadenserſatz, ihre Mitschuldner haben nach wie vor Naturalerfüllung zu präſtieren.

c) Nunmehr sei untersucht, wie die Verhältnisse liegen, wenn die Leistung objektiv unmöglich geworden und diese Unmöglichkeit von einem, einigen oder allen Mitschuldnern zu vertreten ist.

Hier ist, wie nach gemeinem Rechte, zu unterscheiden:

1. Die Unmöglichkeit ist durch Verschulden herbeigeführt worden, und zwar

a) eines Schuldners. Dann wird das Schuldverhältnis konzentriert.[1] Nur er haftet noch für den ganzen Schadenserſatz. Denn nach § 425 wirkt Verschulden nur gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person es eintritt. Die sämtlichen Mitschuldner werden frei; denn für sie ist die culpa ihres Mitschuldners casus, den sie, falls es nicht etwa vertraglich ausbedungen ist, natürlich nicht zu vertreten haben (vgl. § 276 Satz 1).

b) einiger oder aller Schuldner. Auch hier müssen zweifellos die oben im § 13 geschilderten gemeinrechtlichen Grundsätze fortbestehen bleiben. Jeder kulpose Schuldner muß in solidum für das Interesse haften, denn die durch ihn vermittelte Unmöglichkeit der Naturalerfüllung hat jeder ganz zu vertreten. Die nicht kulposen Schuldner werden frei (vgl. §§ 276, 325, 425).

Die Verschiedenheit und der Grad der culpa ist einflußlos auf das Maß der Haftung (cf. Binder S. 108.)

Eck[2] findet diese Regelung unbillig und führt als Beleg für seine Ansicht folgenden Fall an:

> Professor A verleiht ein wertvolles Buch an zwei Studenten, von denen der eine reich und sehr sorgfältig, der andere arm und sehr leichtsinnig ist. Geschuldet wird aus dem Leihvertrage die — unteilbare — Restitution des Buches. Durch die Schuld des armen Studenten geht das Buch verloren. Der Professor kann sich nur an ihn halten, was praktisch für ihn, wegen der Mittellosigkeit dieses Entleihers, wertlos ist. Die Verbindlichkeit und die Haftung des Reichen ist in dem Augenblicke, wo durch die culpa seines correus auch seine eigene Restitutionspflicht unmöglich wird, erloschen.

Dies Ergebnis ist m. E. durchaus nicht der aequitas zuwiderlaufend. Wer einen Wertgegenstand verleiht, muß sich den Entleiher ansehen! Außerdem hätte es ja dem A freigestanden, sich vertraglich die Haftung

---

[1] cf. Oertmann, Sol.-Obl. S. 14.
[2] S. 421.

eines jeden auch für die culpa des anderen auszubedingen! Hat er es nicht getan: de se queri debet! —

Ist die Leistungsunmöglichkeit durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung verursacht worden (also nicht nur durch Verletzung der Vertragspflichten), so haften die Schuldigen auch nach § 830 als Gesamtschuldner.

2. Die Leistungsunmöglichkeit ist ohne Verschulden eingetreten gleichwohl aber von den Schuldnern zu vertreten (vgl. oben S. 16).

Hier ist es von Interesse, den Entwicklungsgang, welchen die Regelung dieser Frage bei der Schaffung unseres neuen bürgerlichen Rechtes durchgemacht hat, zu verfolgen.

§ 341 des „ersten Entwurfs" bestimmte, in Übereinstimmung mit der damals gemeinrechtlich herrschenden — von uns für unrichtig gehaltenen — Anschauung:

> „Tritt an die Stelle der unteilbaren Leistung eine teilbare Leistung, insbesondere Wertersatz oder Schadensersatz, so ist . . . jeder Schuldner nur seinen Teil zu leisten verpflichtet.

Also pro rata-Haftung nach Wegfall der Pflicht zur Naturalerfüllung!

Wäre dieser Paragraph Gesetz geworden, so wäre damit die gemeinrechtliche Kontroverse ein für allemal in einem bestimmten, in den obigen Ausführungen allerdings nicht gebilligten Sinne entschieden gewesen und zu künftigen Zweifeln wäre kein Raum geblieben.

Das geschah aber nicht. Die zweite Kommission hielt die pro rata-Haftung für verkehrt, weil nicht die Leistung als solche (wie die erste Kommission irrtümlicherweise angenommen hätte), sondern nur die Leistungspflicht der einzelnen Schuldner sich aus einer unteilbaren in eine teilbare verwandle;[1]) infolgedessen müsse also auch die Solidarhaftung bestehen bleiben.

Aus diesen Gründen strich die zweite Kommission den § 341 des ersten Entwurfs. Sie war offenbar der Meinung, daß infolge dieser Streichung nunmehr das von ihr gewollte Gegenteil, das Fortbestehen der Solidarhaftung auch nach eingetretener Interesseverpflichtung, klar aus den übrig gebliebenen Bestimmungen hervorgehe (NB.: § 340 des ersten Entwurfs bestimmte nämlich: „Wird eine unteilbare Leistung von mehreren geschuldet, so haften sie als Gesamtschuldner." Diesen Paragraphen ließ die zweite Kommission bestehen, und er ging, nur in der Form etwas verändert, als § 431 in das B.G.B. über).

Dies ist aber in Wirklichkeit durchaus nicht der Fall. Denn § 431 des B.G.B. bestimmt eben einfach:

> „Schulden mehrere eine unteilbare(!) Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner."

---

[1]) Protokolle S. 446, 447.

Damit ist aber nicht gesagt, wie es zu halten sei, wenn die Schadensersatzverpflichtung eintritt. Denn es fragt sich ja eben, ob die Leistung dann noch als unteilbar betrachtet werden kann!

Die meisten Schriftsteller über das bürgerliche Recht[1]) argumentieren nun einfach folgendermaßen: Es geht aus den Protokollen sicher hervor, daß die zweite Kommission das Fortbestehen der Gesamthaftung im Gesetz zum Ausdruck bringen wollte (s. Protokolle S. 446, 447); dies ist maßgebend; folglich gilt dieser Grundsatz für das Bürgerliche Gesetzbuch!

Dieser Schluß ist aber nicht zu billigen. Es ist für uns nicht maßgebend, was die zweite Kommission im Gesetz zum Ausdruck bringen wollte,[2]) sondern was das Gesetz selbst, wie es uns heute vorliegt, darüber sagt!

Das Gesetz aber schweigt, und somit bleibt auch in Zukunft der Auslegung freier Raum. Dieselben Zweifel, welche im gemeinen Rechte herrschten, können wieder auftauchen, der Kampf zwischen den Vertretern der Solidarhaftung einerseits, der pro rata-Haftung andererseits kann weiter geführt werden. Nur ist natürlich hierbei nicht mehr anzuknüpfen an die Auslegung der beiden so umstrittenen leges, sondern für das bürgerliche Recht werden andere Gesichtspunkte maßgebend sein müssen.

Kipp[3]) will in der Tat in Übereinstimmung mit der Ansicht der ersten Kommission, nach Wegfall der Naturalleistung wieder Teilhaftung eintreten lassen, und zwar aus dem schon oft erwähnten allgemeinen Grunde, weil die nur auf Grund der Unteilbarkeit der Leistung bestehende Solidarität nur insoweit und nur solange bestehe, als eben eine unteilbare Leistung geschuldet werde; daher kämen nach Wegfall der unteilbaren Leistung wieder die Grundsätze über die teilbare Leistung zur Anwendung, und bei dieser hat das Gesetzbuch das gemeinrechtliche Prinzip der Teilung aufrecht erhalten; nach § 420 ist, wenn mehrere Schuldner eine teilbare Leistung schulden, jeder Schuldner im Zweifel nur zu einem gleichen Anteile verpflichtet.

An sich möglich ist anscheinend diese — unter den Schriftstellern über das bürgerliche Recht wohl nur von Kipp vertretene — Auffassung. Denn das Gesetz spricht sich nicht darüber aus, wie es den Vorgang der Umwandlung der Naturalleistung in die Interesseleistung rechtlich auffaßt, ob nur als Veränderung des Leistungsinhalts, oder des Schuldverhältnisses selbst. Gerade hier aber liegt m. E. der Kernpunkt der Frage!

---

[1]) So z. B. Staudinger S. 168 Anm. 2 zu § 431; Goldmann S. 460 zu § 43; Oertmann S. 150 Anm. 2 zu § 431; Crome S. 392; Meyer S. 59; Stolze S. 50; Dernburg, Bürg. Recht S. 370.

[2]) cf. bes. Schloßmann S. 26, 27.

[3]) bei Windscheid S. 214 § 300.

Die zweite Kommission ist der Ansicht, daß durch den Eintritt der Schadensersatzverpflichtung nur der Inhalt der Leistungsverbindlichkeit geändert wird, diese selbst aber als Gesamtschuld bestehen bleibt.[1])

M. E. ist diese Auffassung vollkommen zu billigen: Damit, daß der Leistungsinhalt geändert wird, wird die Obligation nicht teilbar! (vgl. oben S. 26).[2])

Es wäre Unnatur und würde dem Wesen der Obligation überhaupt widersprechen, wenn eine Obligation, die einmal als solidarisch angefangen hat, ohne besondere vertragliche Verabredung diese Natur infolge eines außen stehenden Ereignisses plötzlich verändern und auf einmal in den Zustand einer geteilten Obligation übergehen würde![3]) Ein Analogon hierfür ließe sich im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht finden. Es würde dies aber — worauf in der Literatur wohl noch nicht aufmerksam gemacht worden ist — m. E. auch dem klaren Wortlaut des § 305 widersprechen. Dieser besagt u. a. ausdrücklich, daß zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich ist, soweit nicht das Gesetz (wie etwa bei der Auslobung und dem Stiftungsgeschäft) ein anderes vorschreibt. Daß aber eine ganz gewaltige Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses eintreten würde, wenn man statt der bisher vorhanden gewesenen Solidarhaft nun plötzlich eo ipso Teilhaftung eintreten ließe, liegt auf der Hand!

Somit haben wir hier auch eine gesetzliche Handhabe gegen die Kippsche Auffassung gefunden, welche dieselbe m. E. unmöglich macht.

Sehr zugunsten der Solidarhaftung spricht ferner folgendes, bisher ebenfalls noch nicht genug beachtetes oder wenigstens nicht scharf genug hervorgehobenes Argument:

Der Schadensersatz hat die Aufgabe, auf die bestmöglichste Weise den Obligationszweck in anderer Form zu erreichen, und ein möglichst vollständiges Surrogat der primär gewollten Naturalerfüllung zu sein.[4])

Soll dieses Ziel in möglichst vollständigem Maße erreicht werden, so müssen auch für das Leistungsäquivalent die alten Haftungsverhältnisse unverändert fortbestehen bleiben. Denn wenn, wie das bei Annahme der Teilhaftung doch der Fall ist, zwar der nominelle Wert des Schadensersatzes dem Wert der Naturalleistung vollkommen entspricht, aber dieser Schadensersatzwert vom Gläubiger hier nur unter ganz besonders günstigen Voraussetzungen überhaupt jemals erlangt werden kann (nämlich nur dann, wenn sämtliche Schuldner solvent sind), so würde doch eben der eigentliche Zweck

[1]) Im Resultate ebenso fast sämtliche Schriftsteller: s. besonders Planck S. 223 Anm. 2 zu § 431.

[2]) vgl. auch Binder S. 91.

[3]) Ähnlich schon Savigny S. 363.

[4]) vgl. Hölder, Pand. S. 175 ff.; Hartmann S. 233.

des Schadensersatzes, soweit möglich, ein vollständiges Surrogat der Erfüllung zu sein, nicht in die Wirklichkeit umgesetzt werden!

Das Fortbestehen der Solidarhaft dagegen kommt diesem Ideale viel näher! Es gibt gar kein besseres Mittel, den Gläubiger über den Verlust der Naturalleistung hinwegzutrösten, als die Statuierung der Solidarhaftung seiner Schuldner auch für das Interesse!

Es ist, wie oben (S. 35) bemerkt, unmöglich eine vermittelnde Stellung einzunehmen, man muß sich entweder für das Fortbestehen der Solidarhaftung oder für das Eintreten der pro rata-Haftung entscheiden. — Fragen wir uns nun, welche Entscheidung wird den Interessen der Beteiligten am meisten gerecht und entspricht somit am meisten der Billigkeit, so muß m. E. diese Frage heute, wo das Innenverhältnis der Mitschuldner untereinander so exakt durch das B.G.B. (§ 426) geregelt ist, ebenfalls zugunsten des Fortbestehens der Solidarhaft ausfallen.

Anm.: Im Gemeinen Recht war es sehr bestritten, ob der Regreß unter den Schuldnern die Regel bilde, oder ob er nur eintrete aus besonderen Gründen, z. B. auf Grund eines unter den Mitschuldnern bestehenden Auftragsverhältnisses.

Es sei dies an einem Beispiel erläutert: 5 Schuldner schulden einem Gläubiger eine unteilbare Leistung. Diese wird in natura unmöglich, ohne Schuld der Schuldner; sie haben die Unmöglichkeit aber gleichwohl zu vertreten, schulden daher Schadensersatz.

a) Nehmen wir nun Eintreten der pro rata-Haftung an, so kann der Gläubiger von jedem Schuldner von vornherein nur je $^1/_5$ der Schadensersatzsumme fordern. Ist ein Schuldner insolvent, so erlangt er nur $^4/_5$, sind 2 oder 3 insolvent, so erlangt er nur $^3/_5$ oder gar nur $^2/_5$ der geschuldeten Interesseleistung. Die Verhältnisse liegen hier also sehr ungünstig für den Gläubiger.

b) Entscheiden wir uns dagegen für das Fortbestehen der Solidarhaftung, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung von jedem der Schuldner den ganzen Schadensersatz fordern; kann der eine nicht zahlen, so belangt er den andern solange, bis er ganz befriedigt ist. Er fällt mit seiner Forderung nur aus, wenn sämtliche Schuldner zahlungsunfähig sind.

Der Schuldner, welcher das Ganze geleistet hat, nimmt auf Grund des § 426 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. („Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.") Regreß gegen seine Mitschuldner, d. h. er fordert von jedem derselben $^1/_5$ der von ihm ganz gezahlten Schadensersatzsumme ein. Erlangt er nun wirklich von jedem den auf ihn entfallenden Betrag von $^1/_5$, was natürlich nur der Fall ist, wenn sie sämtlich solvent und belangbar sind, so ist das Resultat jetzt schließlich ganz dasselbe, als ob er von vornherein vom Gläubiger nur auf seine Quote belangt worden wäre, seine Haftung ist hier also im Ergebnis der Pro Rata-Haftung gleich. Anders ist es nun freilich, wenn der betreffende Schuldner, der auf das Ganze belangt war und das Ganze

geleistet hat, einen oder mehrere insolvente Mitschuldner hat. Hier tritt nämlich eine Mehrbelastung der solventen Schuldner, über ihren ursprünglichen Anteil hinaus, ein. § 426 Abs. 1 Satz 2 sagt:

> „Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen."

Je mehr Mitschuldner insolvent sind, desto ungünstiger wird naturgemäß hier das Verhältnis für die übrigbleibenden solventen Schuldner; desto mehr nähert sich ihre Haftung wegen des immer wertloser werdenden Regresses auch faktisch der solidarischen. Bei zwei insolventen Mitschuldnern müssen die übrigen drei je $^1/_3$, bei dreien müssen die beiden übrigen je $^1/_2$ des Schadensersatzes zahlen. Ist nur ein solventer Mitschuldner da, so muß er nunmehr endgültig den ganzen Schadensersatz leisten, haftet jetzt also nicht nur nominell, sondern faktisch solidarisch. Denn der ihm rechtlich gegen seine Mitschuldner zustehende Regreß ist tatsächlich wertlos, wenn diese die exceptio Caesarea geltend machen: Wo nichts ist, hat der Kaiser sein Recht verloren! —

Ist nun die sub a) oder die sub b) genannte Regelung vorzuziehen? M. E. die letztere. Denn, wie wir oben gesehen haben, fällt der Gläubiger bei der Pro Rata-Haftung schon bei Insolvenz eines Schuldners mit einem bedeutenden Bruchteile (der umso bedeutender ist, je geringer die Zahl der Gesamtschuldner) aus.

Bei der Solidarhaftung dagegen wird der Gläubiger, solange auch nur ein Gesamtschuldner solvent ist, ganz befriedigt; andererseits wird, bei Vorhandensein eines oder mehrerer insolventer Schuldner, die dadurch entstehende Mehrbelastung der solventen Schuldner über ihren ursprünglichen Anteil hinaus in der Regel (nämlich sobald mehr als ein solventer Mitschuldner vorhanden ist) darum nicht so drückend empfunden, wie der Gläubiger bei Pro Rata-Haftung seinen Ausfall empfinden würde, weil bei ihnen eine Verteilung des Schadens eintritt, da sie gemäß § 426 Abs. 1 Satz 2 den Ausfall gemeinsam zu tragen haben, während bei Pro Rata-Haftung der Gläubiger den ganzen, durch Insolvenz eines oder mehrerer Schuldner entstehenden Ausfall stets allein tragen muß.

Nehmen wir z. B. an, daß von fünf Gesamtschuldnern zwei insolvent sind, so würde, bei Pro Rata-Haftung für das Interesse, der Gläubiger mit $^2/_5$! seiner Forderung ausfallen; bei der Solidarhaftung hingegen würde er ganz befriedigt werden, während hier auf seiten der solventen Mitschuldner nur Mehrbelastung eines jeden mit $^2/_{15}$! der Schadensersatzsumme eintritt. M. E. ist dies letztere das kleinere Übel und darum vorzuziehen! —

Erwähnt sei noch, daß die Frage, mit der wir uns beschäftigt haben, auf jeden Fall seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs sehr viel von ihrer früheren praktischen Bedeutung eingebüßt hat, und zwar aus folgendem Grunde:

1. § 421 des B.G.B. bestimmt nämlich, im scharfen Gegensatz zum Gemeinen Recht:

> „Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner."

Somit stellt das Gesetz also auch sogar bei einer geschuldeten teilbaren Leistung, zu welcher sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich verpflichten, eine Präsumption für Gesamthaftung auf, so daß hier also auf jeden Fall die Solidarhaftung für das teilbare Interesse bestehen bleibt, ebenso wie sie für die teilbare Naturalleistung schon bestand.

2. Ferner besagt § 2058, wieder entgegen dem römischen Satze: „nomina hereditaria sunt ipso jure divisa", als Regel,

Anm.: Die Ausnahmen sind in den §§ 2060 und 2061 enthalten.

daß die Erben für „die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten" als Gesamtschuldner haften. Da das Gesetz hier nicht zwischen teilbaren und unteilbaren Nachlaßschulden unterscheidet, so muß dieser Satz für alle Nachlaßverbindlichkeiten gelten, also auch für solche, welche eine an sich teilbare Leistung zum Gegenstande haben, und zwar ebenso gut für die Naturalleistung wie, für die an deren Stelle tretende Schadensersatzleistung.

Damit, daß diese beiden praktisch überaus wichtigen Gruppen von Rechtsverhältnissen, die vertragliche gemeinschaftliche Übernahme einer teilbaren Leistung durch mehrere, und ferner die Haftung der Erben auch für teilbare Nachlaßverbindlichkeiten, im Gegensatz zum Gemeinen Recht vom Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich im Sinne der Solidarhaft geregelt sind, schrumpfen die Fälle, in welchen die Kontroverse überhaupt noch eine Rolle spielen könnte, zu einer verschwindend geringen Zahl zusammen.

Spezialdruckerei für Dissertationen Robert Noske, Borna-Leipzig.